

STIL PANDRECHT OP VORDERINGEN OP NAAM

SERIE ONDERNEMING EN RECHT

onder redactie van

Prof.mr. S.C.J.J. Kortmann
Prof.mr. N.E.D. Faber

deel 43

STIL PANDRECHT OP VORDERINGEN OP NAAM

**EEN WETENSCHAPPELIJKE PROEVE
OP HET GEBIED VAN DE RECHTSGELEERDHEID**

PROEFSCHRIFT

**TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
AAN DE RADBOUD UNIVERSITEIT NIJMEGEN
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS,
PROF.MR. S.C.J.J. KORTMANN,
VOLGENS BESLUIT VAN HET COLLEGE VAN DECANEN
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN
OP WOENSDAG 16 JANUARI 2008
OM 13.30 UUR PRECIES**

DOOR

ADRIANUS JOHANNES VERDAAS

**geboren op 27 maart 1965
te Breda**

KLUWER - DEVENTER - 2008

PROMOTORES: PROF.MR. S.C.J.J. KORTMANN
PROF.MR. J.J. VAN HEES

Manuscriptcommissie:

- Prof.mr. N.E.D. Faber
- Prof.mr. A.I.M. van Mierlo (EUR)
- Prof.mr. H.L.E. Verhagen

ISBN 978-90-13-05086-8

Willy Cremers, grafisch ontwerp

© 2008, A.J. Verdaas, Utrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)-overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-673449.

Voor u ligt, als deel 43 in de Serie Onderneming en Recht, het proefschrift van Mr.ing. Ronald Verdaas, getiteld "Stil pandrecht op vorderingen op naam". Het onderwerp van dit proefschrift is zowel vanuit theoretisch als vanuit praktisch oogpunt belangwekkend en behoort tot de kern van het wetenschapsgebied "Financiering, Zekerheden en Insolventie" (FZI), dat binnen het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht een voornamelijk plaats inneemt.

Verdaas behandelt in zijn proefschrift op heldere en systematische wijze een veelheid aan onderwerpen. Behalve een groot aantal meer algemene vraagstukken komen aan de orde: de vatbaarheid van vorderingen op naam voor verpanding, het bepaaldheidsvereiste ter zake van het object van het pandrecht, de verpanding bij voorbaat van toekomstige vorderingen, de bevoegdheden van de pandhouder vóór respectievelijk na mededeling van het pandrecht, zowel in als buiten faillissement van de pandgever, diverse verrekeningsperikelen waarmee de pandhouder kan worden geconfronteerd, "zaaksvervanging" of substitutie en geschillen met de debiteur van de verpande vordering. Verdaas volstaat niet met een analyse van het thans geldende recht, maar bespreekt ook diverse knelpunten waarmee de praktijk heeft geworsteld of nog worstelt, en geeft bij diverse onderwerpen aan of, en zo ja, in welk opzicht het huidige recht zijns inziens aanpassing behoeft. Daarbij geeft Verdaas blijk van ruime ervaring in en grote kennis van de financieringspraktijk. Op overtuigende wijze pleit Verdaas bovendien voor herintroductie van de figuur van de fiduciaire cessie, waaraan - anders dan de NBW-wetgever veronderstelde - ook naast de figuur van het pandrecht nog behoefte bestaat. Het proefschrift van Verdaas beschouwen wij als een aanwinst voor onze serie en het is dan ook met groot genoegen dat wij het boek aan u presenteren.

S.C.J.J. Kortmann
N.E.D. Faber

Nijmegen, oktober 2007

*Het recht bestaat niet om zijns zelfs wil;
het heeft de mens in zijn handel en wandel te dienen.*

J.PH. Suijling

INHOUDSOPGAVE

Lijst van gebruikte afkortingen

XIX

Hoofdstuk 1 Inleiding

| | | |
|-----|-----------------------------|----|
| 1.1 | Onderwerp van het onderzoek | 1 |
| 1.2 | Probleemidentificatie | 1 |
| 1.3 | Belang van het onderzoek | 4 |
| 1.4 | Doel en methode | 6 |
| 1.5 | Plan van behandeling | 8 |
| 1.6 | Leeswijzer | 11 |

Hoofdstuk 2 Algemene uitgangspunten

| | | |
|-------|---|----|
| 2.1 | Inleiding | 13 |
| 2.2 | Functies van zekerheidsrechten, in het bijzonder op vorderingen | 13 |
| 2.2.1 | Bescherming van de zekerheidsgever | 15 |
| 2.2.2 | Bescherming van andere crediteuren | 17 |
| 2.2.3 | Bescherming tegen <i>stille</i> zekerheden | 18 |
| 2.2.4 | Het eerste uitgangspunt: een ruime mogelijkheid tot stille verpanding van vorderingen | 21 |
| 2.3 | Zekerheidsrechten op vorderingen op naam: 1 object, 3 subjecten | 21 |
| 2.3.1 | Het tweede uitgangspunt: geen noemenswaardige verslechtering van de juridische positie van de debiteur | 24 |
| 2.4 | Uitoefening van de met de inning verband houdende rechten | 24 |
| 2.4.1 | Geen ingrijpende beïnvloeding van de positie van de pandgever door de pandhouder | 26 |
| 2.4.2 | Uitoefening van rechten ten aanzien van de overeenkomst waaruit de verpande vordering voortvloeit door de pandgever | 28 |
| 2.4.3 | Geen uitoefening van persoonlijke rechten van de pandgever door de pandhouder | 28 |
| 2.4.4 | Uitoefening van rechten door de <i>hoogst gerangschikte</i> openbaar pandhouder | 29 |

IX

| | | |
|-------|---|----|
| 2.4.5 | Het derde uitgangspunt: uitoefening van de met de inning verband houdende rechten door de pandgever en/of de inningsbevoegde pandhouder | 30 |
| 2.5 | Samenhang binnen het (goederen)recht | 30 |
| 2.5.1 | Het vierde uitgangspunt: inpassing in het (goederen)recht | 33 |
| 2.6 | Conclusie | 33 |

Hoofdstuk 3 Korte schets van het pandrecht op vorderingen op naam

| | | |
|-------|--|----|
| 3.1 | Pandrecht op vorderingen op naam in het Burgerlijk Wetboek van 1838 | 35 |
| 3.2 | De regeling van het pandrecht op vorderingen op naam van 1874 | 38 |
| 3.3 | De hoofdlijnen van de regeling van het pandrecht op vorderingen op naam in het Burgerlijk Wetboek van 1992 | 39 |
| 3.3.1 | Kwalificatie en plaatsbepaling | 39 |
| 3.3.2 | Het object van het pandrecht | 40 |
| 3.3.3 | Het ontstaan van het pandrecht | 41 |
| 3.3.4 | Inning van een verpande vordering | 43 |
| 3.3.5 | Verhaalsuitoefening door de pandhouder | 44 |
| 3.3.6 | Faillissement van de pandgever | 45 |

Hoofdstuk 4 Fiduciaire overdracht tot zekerheid en stil pandrecht: een vergelijking

| | | |
|---------|--|----|
| 4.1 | Inleiding | 47 |
| 4.2 | Overdracht tot zekerheid: de essentie | 48 |
| 4.3 | Stil pandrecht: de essentie | 51 |
| 4.4 | De verschillen tussen fiduciaire cessie en stil pand | 54 |
| 4.4.1 | Verhaal door crediteuren van de cessionaris casu quo de pandhouder | 55 |
| 4.4.2 | Beschikkingsbevoegdheid van de cessionaris casu quo de pandhouder | 58 |
| 4.4.3 | Beschikkingsbevoegdheid van de cedent casu quo de pandgever | 59 |
| 4.4.4 | Afhankelijkheid van het pandrecht casu quo het eigendomsrecht | 63 |
| 4.4.5 | Inningsbevoegdheid | 65 |
| 4.4.5.1 | Inning door de curator van de cedent of de pandgever | 66 |
| 4.4.6 | Conclusie: nauwe verwantschap, maar ook (grote) verschillen | 67 |

Hoofdstuk 5 Overdracht tot zekerheid óf stil pandrecht?

| | | |
|---------|---|----|
| 5.1 | Inleiding | 69 |
| 5.2 | Overdracht tot zekerheid: de stand van zaken | 69 |
| 5.3 | De wenselijkheid van overdracht tot zekerheid | 75 |
| 5.3.1 | Tegen de fiduciaire overdracht aangevoerde bezwaren | 76 |
| 5.3.1.1 | Dogmatische zuiverheid | 76 |
| 5.3.1.2 | Overbedeling van de fiduciair eigenaar | 77 |
| 5.3.1.3 | Gebrek aan openbaarheid | 80 |
| 5.3.1.4 | Onduidelijkheid over goederenrechtelijke posities | 80 |
| 5.3.1.5 | Geen behoefte meer aan overdracht tot zekerheid | 81 |
| 5.3.2 | Argumenten vóór overdracht tot zekerheid | 82 |
| 5.3.2.1 | Behoeft van de praktijk | 82 |
| 5.3.2.2 | Partijautonomie | 85 |
| 5.3.2.3 | Uit de pas lopen in internationaal en supranationaal opzicht | 87 |
| 5.4 | De Nederlandse Antillen en Aruba: zekerheidseigendom naast stil pandrecht | 88 |
| 5.5 | Wenselijk recht: afschaffing van het fiduciaverbod, onder handhaving van het (stille) pandrecht | 90 |

Hoofdstuk 6 De vatbaarheid voor verpanding van vorderingen op naam

| | | |
|---------|---|-----|
| 6.1 | Inleiding | 93 |
| 6.2 | Het object van het pandrecht | 94 |
| 6.2.1 | Wat is een vordering op naam? | 94 |
| 6.2.2 | Waarop rust een pandrecht op een vordering op naam? | 97 |
| 6.3 | Het vereiste dat een te verpanden vordering vatbaar is voor verhaal door de pandhouder | 99 |
| 6.3.1 | Uitwinning van een vordering tot levering van een goed | 100 |
| 6.3.1.1 | Wenselijk recht: een wettelijke regeling voor de inning van een pandrecht op een vordering tot levering van een registergoed en verhaal op het geïnde | 107 |
| 6.4 | Het vereiste dat een te verpanden vordering overdraagbaar is | 109 |
| 6.4.1 | Leidt onoverdraagbaarheid tot onverpandbaarheid? | 109 |
| 6.4.2 | Onverpandbaarheid op grond van de wet | 113 |
| 6.4.3 | Onverpandbaarheid op grond van de aard van de vordering | 114 |
| 6.4.4 | Overeengekomen onverpandbaarheid | 117 |

| | | |
|---|---|-----|
| 6.4.4.1 | Inning en verhaal door een beslaglegger of een curator | 119 |
| 6.4.4.2 | Derdenbescherming | 120 |
| 6.4.4.3 | Beperking van de mogelijkheid om een vordering onoverdraagbaar en/of onverpandbaar te maken? | 123 |
| Hoofdstuk 7 Het bepaaldheidsvereiste | | |
| 7.1 | Inleidende opmerkingen | 129 |
| 7.2 | Omschrijving van de te verpanden vordering in de titel | 131 |
| 7.3 | Omschrijving van de te verpanden vordering in de pandakte | 134 |
| 7.4 | Verpanding van een aantal vorderingen 'tot een bepaald totaalbedrag' | 138 |
| 7.5 | Hoe vast te stellen welke vorderingen zijn verpand? | 141 |
| 7.5.1 | Uitleg van de omschrijving van de verpande vorderingen in de pandakte | 142 |
| 7.6 | Conclusies | 147 |
| Hoofdstuk 8 Toekomstige vorderingen | | |
| 8.1 | Beschikken over toekomstige goederen | 149 |
| 8.2 | Stille verpanding van toekomstige vorderingen: het systeem | 156 |
| 8.3 | Art. 3:239 lid 1 BW beperkt de <i>stille</i> verpanding van toekomstige vorderingen | 157 |
| 8.3.1 | Wat betekent 'rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding'? | 158 |
| 8.4 | Is beperking van de mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen wenselijk? | 165 |
| 8.4.1 | Argumenten vóór een beperkte mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen | 166 |
| 8.4.2 | Argumenten tegen een beperkte mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen | 167 |
| 8.5 | Overgang van de rechtsverhouding van de pandgever op een derde | 169 |
| 8.5.1 | Overgang van de rechtsverhouding onder algemene titel | 169 |
| 8.5.2 | Overgang van de rechtsverhouding door contractsovername | 170 |
| 8.5.3 | Overgang van een huurverhouding ex art. 7:226 BW | 172 |
| 8.6 | Pandrecht op toekomstige vorderingen en het faillissement van de pandgever | 173 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 8.6.1 | Het begrip toekomstige vordering en de overdracht van toekomstige vorderingen onder het oude recht | 176 |
| 8.6.2 | Het ontstaan van een vordering naar geldend recht | 178 |
| 8.6.3 | Een ruimere mogelijkheid tot faillissementsbestendige verpanding van toekomstige vorderingen? | 181 |

Hoofdstuk 9 Inningsbevoegdheid, verhaal en het faillissement van de pandgever

| | | |
|---------|---|-----|
| 9.1 | Inleiding | 185 |
| 9.2 | Inning en verhaal tijdens het faillissement van de pandgever | 187 |
| 9.2.1 | Het tot 1992 geldende recht | 187 |
| 9.2.2 | De arresten Mulder q.q./CLBN en ING/Verdonk q.q. | 187 |
| 9.2.3 | Art. 58 Fw | 192 |
| 9.2.3.1 | De toepassing van art. 58 lid 1 Fw op de inning van verpande vorderingen | 193 |
| 9.2.4 | Onbevoegde inning door de curator | 195 |
| 9.3 | Verrekening door de bank-pandhouder in het zicht van de faillietverklaring van de pandgever | 197 |
| 9.4 | De afkoelingsperiode in het faillissement van de pandgever | 198 |
| 9.5 | Het recht van de pandhouder op informatie over de verpande vordering | 201 |
| 9.5.1 | Inleidende opmerkingen | 201 |
| 9.5.2 | Heeft de pandhouder van rechtswege recht op informatie? | 203 |
| 9.5.3 | Heeft de pandhouder jegens de curator van de pandgever recht op informatie? | 205 |
| 9.5.3.1 | Wie draagt de kosten van de informatie-verschaffing door de curator? | 207 |

Hoofdstuk 10 Verrekening

| | | |
|----------|--|-----|
| 10.1 | Inleiding | 209 |
| 10.2 | Verrekening door de pandgever | 211 |
| 10.3 | Verrekening door de pandhouder? | 212 |
| 10.4 | Verrekening door de debiteur van de verpande vordering met een vordering op de pandhouder? | 212 |
| 10.5 | Verrekening door de debiteur van de verpande vordering met een vordering op de pandgever | 213 |
| 10.5.1 | Art. 6:130 BW | 213 |
| 10.5.1.1 | Cessie en art. 6:130 BW | 213 |
| 10.5.1.2 | Pandrecht en art. 6:130 BW | 214 |

| | | |
|----------|---|-----|
| 10.5.1.3 | De gelijkstelling van pandrecht en cessie in art. 6:130 BW | 216 |
| 10.5.2 | De betekenis van de aan verrekening door de debiteur in art. 6:130 BW gestelde vereisten | 218 |
| 10.5.2.1 | Het eerste vereiste: het opgekomen en opeisbaar zijn van de tegenvordering | 218 |
| 10.5.2.2 | Het tweede vereiste: het uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeien van de tegenvordering | 219 |
| 10.5.3 | Overeengekomen afwijkingen van de wettelijke verrekeningsregels | 222 |
| 10.5.3.1 | Vóór openbare verpanding overeengekomen afwijkingen | 222 |
| 10.5.3.2 | Ná openbare verpanding overeengekomen afwijkingen | 223 |
| 10.5.4 | Evaluatie van het stelsel van art. 6:130 BW | 225 |
| 10.5.4.1 | De functies van verrekening | 225 |
| 10.5.4.2 | De ratio van art. 6:130 BW | 227 |
| 10.6 | Conclusie | 227 |

Hoofdstuk 11 Vervanging van het pandrecht

| | | |
|----------|---|-----|
| 11.1 | Het begrip 'zaaksvervanging' | 229 |
| 11.2 | Waarom substitutie? | 231 |
| 11.3 | Algemeen geldende vereisten voor substitutie | 233 |
| 11.4 | Substitutie als gevolg van het tenietgaan of in waarde verminderen van een vordering buiten het geval van inning | 235 |
| 11.5 | Substitutie in geval van inning van de verpande vordering | 236 |
| 11.5.1 | Inning door de pandgever vóór mededeling van het pandrecht aan de debiteur | 236 |
| 11.5.2 | Inning door de curator van de pandgever | 237 |
| 11.5.3 | Inning door de pandhouder | 238 |
| 11.5.3.1 | Wenselijk recht: een wettelijke regeling voor een door de pandhouder aan te houden kwaliteitsrekening en 'subsidiair' voorrangstrechten voor de overige pandhouders | 248 |
| 11.5.4 | Inning door de pandgever met toestemming van de pandhouder na mededeling van het pandrecht aan de debiteur | 250 |
| 11.5.5 | Inning door de pandgever met toestemming van de kantonrechter | 251 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 11.6 | Gevolgen van substitutie | 251 |
| 11.6.1 | Specifieke gevolgen van substitutie op grond van art. 3:229 BW | 254 |

Hoofdstuk 12 Uitoefening van de met (de inning van) de vordering verband houdende rechten

| | | |
|----------|---|-----|
| 12.1 | Inleiding | 257 |
| 12.2 | Beëindiging van de overeenkomst waaruit de verpande vordering voortvloeit | 258 |
| 12.2.1 | Gevolgen van de beëindiging van een overeenkomst voor de pandrechten op de vorderingen uit die overeenkomst | 260 |
| 12.2.1.1 | Gevolgen van ontbinding van de overeenkomst | 260 |
| 12.2.1.2 | Gevolgen van opzegging van de overeenkomst | 260 |
| 12.2.1.3 | Gevolgen van vernietiging van de overeenkomst | 261 |
| 12.3 | Afstand van de vordering | 264 |
| 12.4 | Het overeenkomen van wijzigingen van de vordering | 267 |
| 12.4.1 | Gevolgen van het overeenkomen van een wijziging van de vordering | 268 |
| 12.5 | Uitoefening van wettelijke bevoegdheden en van overeengekomen wilsrechten | 269 |
| 12.5.1 | Omzetting van een vordering tot nakoming in een vordering tot schadevergoeding | 269 |
| 12.5.2 | Beroep op een boetebeding | 271 |
| 12.5.3 | Het opeisbaar maken van een vordering | 271 |
| 12.5.4 | Uitoefening van andere wilsrechten | 274 |
| 12.5.4.1 | Aanwijzing van een begunstigde van een levensverzekering | 275 |
| 12.5.4.2 | Renteherziening | 275 |
| 12.5.4.3 | Het keuzerecht in geval van een alternatieve verbintenis | 276 |
| 12.5.4.4 | Het geldende recht is tevens het wenselijke recht | 277 |
| 12.6 | Afhankelijke zekerheidsrechten en nevenrechten | 277 |
| 12.6.1 | Inleidende opmerkingen | 277 |
| 12.6.2 | Afhankelijke zekerheidsrechten | 278 |
| 12.6.2.1 | Het wettelijk systeem | 278 |
| 12.6.2.2 | De wetsgeschiedenis | 281 |

| | | |
|---|--|-----|
| 12.6.2.3 | Afhankelijke zekerheidsrechten en beslag | 283 |
| 12.6.2.4 | Conclusie: de pandhouder is bevoegd tot uitoefening van afhankelijke zekerheidsrechten | 287 |
| 12.6.3 | Eigendomsvoorbehoud | 288 |
| 12.6.4 | Nevenrechten | 289 |
| 12.7 | Aan de verpande vordering verbonden voorrechten | 292 |
| 12.8 | Tot verhaal van de verpande vordering gelegde beslagen en tenuitvoerlegging van terzake van de vordering bestaande executoriale titels | 294 |
| 12.9 | Rechten van de schuldeiser jegens derden | 295 |
| 12.9.1 | Rechten uit een bankgarantie | 296 |
| 12.9.1.1 | Cessie van de gegarandeerde vordering | 297 |
| 12.9.1.2 | Cessie van de geldvordering uit een bankgarantie | 299 |
| 12.9.1.3 | Overgang van de claimbevoegdheid op de cessionaris | 300 |
| 12.9.1.4 | De positie van de pandhouder | 303 |
| 12.9.2 | Rechten uit een '403-verklaring' | 304 |
| Hoofdstuk 13 Geschillen met de debiteur van de vordering | | |
| 13.1 | Inleiding | 311 |
| 13.2 | Bevrijdende betaling door de debiteur | 311 |
| 13.3 | Verweermiddelen van de debiteur | 313 |
| 13.4 | Het vorderen van nakoming door de pandhouder in een procedure tegen de debiteur | 315 |
| 13.4.1 | Gevolgen van het inningsbevoegd worden van de pandhouder voor lopende procedures | 319 |
| 13.5 | Het treffen van een minnelijke regeling met de debiteur van de vordering | 323 |
| Hoofdstuk 14 Overdracht tot zekerheid na afschaffing van het fiduciaverbod | | |
| 14.1 | Inleiding | 327 |
| 14.2 | Juridische duiding van de overdracht tot zekerheid naar huidig recht | 327 |
| 14.3 | Inningsbevoegdheid | 328 |
| 14.4 | Afscheiding van het geïnde | 329 |
| 14.5 | Toeëigeningsverbod en verplichte afdracht van een surplus? | 331 |
| 14.6 | Conclusie | 333 |

| | |
|---|-----|
| Hoofdstuk 15 Slotbeschouwing en belangrijkste conclusies | 335 |
| Summary | 341 |
| Aangehaalde jurisprudentie | 345 |
| Aangehaalde literatuur | 355 |
| Dankwoord | 385 |
| Curriculum vitae | 387 |

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

| | |
|---------|---|
| AA | Ars Aequi |
| aant. | aantekening |
| afd. | afdeling |
| A-G | Advocaat-Generaal |
| AJV | schrijver dezes |
| art. | artikel(en) |
| Bb | Bedrijfsjuridische berichten |
| BW | Burgerlijk Wetboek |
| BWNA | Arubaans en Nederlands-Antilliaans Burgerlijk Wetboek |
| c.a. | cum annexis |
| c.q. | casu quo |
| c.s. | cum suis |
| diss. | dissertatie |
| e.a. | en anderen |
| e.a.w. | en andere wetten |
| EEG | Europese Economische Gemeenschap |
| EG | Europese Gemeenschap(pen) |
| EK | Eerste Kamer der Staten-Generaal |
| EU | Europese Unie |
| e.v. | en volgende |
| EVRM | Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden |
| Fw | Faillissementswet |
| HR | Hoge Raad der Nederlanden |
| INSOLAD | Vereniging Insolventierecht Advocaten |
| inv. | invoering |
| JBN | Juridische Berichten voor het Notariaat |
| JBPr | Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht |
| JIN | Jurisprudentie in Nederland |
| jo. | juncto of junctis |
| JOR | Jurisprudentie Onderneming & Recht |
| m.nt. | met noot |
| NbBW | Nieuwsbrief Nieuw BW |

| | |
|--------------|---|
| NIBE | Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf |
| NJ | Nederlandse Jurisprudentie |
| NJB | Nederlands Juristenblad |
| nr. | nummer(s) |
| NTBR | Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht |
| OBW | Oud Burgerlijk Wetboek (1838) |
| O & F | Onderneming en Financiering |
| OK | Ondernemingskamer |
| p. | pagina('s) |
| par. | paragra(a)f(en) |
| Parl. Gesch. | Parlementaire Geschiedenis |
| PbEG | Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen |
| q.q. | qualitate qua |
| Rb. | Arrondissementsrechtbank |
| red. | redactie |
| RM Themis | Rechtsgeleerd Magazijn Themis |
| r.o. | rechtsoverweging |
| Rv | Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering |
| SNAAR | Studiereeks Nederlands-Antilliaans en Arubaans recht |
| Stb. | Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden |
| t.a.p. | ter aangehaalde plaatse(n) |
| T&C | Tekst & Commentaar |
| TCR | Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging |
| t/m | tot en met |
| TK | Tweede Kamer der Staten-Generaal |
| TPR | Tijdschrift voor Privaatrecht |
| TvI | Tijdschrift voor Insolventierecht |
| UNCITRAL | United Nations Commission on International Trade Law |
| Unidroit | Institut International pour l'unification du droit privé/ International institute for the unification of private law |
| UvA | Universiteit van Amsterdam |
| vgl. | vergelijk |
| V&O | Vennootschap & onderneming |
| Vzngr. | Voorzieningenrechter |
| W | Weekblad van het Recht |
| WPNR | Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie |
| WSNP | Wet schuldsanering natuurlijke personen |

INLEIDING

1.1 Onderwerp van het onderzoek

1. *Van zekerheidsoverdracht naar stil pand.* Tot de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1992 werden vorderingen op naam veelal niet in zekerheid gegeven doordat daarop een pandrecht werd gevestigd, maar doordat zij fiduciair werden overgedragen. Aan deze fiduciaire overdracht tot zekerheid van roerende zaken en vorderingen wilde de wetgever een einde maken. De wetgever deed dat door in het Burgerlijk Wetboek te bepalen dat een overeenkomst tot fiduciaire eigendomsoverdracht geen geldige titel van overdracht is.¹ Het in zekerheid geven van roerende zaken en vorderingen bleef mogelijk door daarop een pandrecht te vestigen. Er werd een nieuwe regeling van het pandrecht geïntroduceerd. De huidige regeling van het stil pandrecht van vorderingen op naam is het onderwerp van dit boek.

1.2 Probleemidentificatie

2. *Praktijkvragen.* Pandrecht op vorderingen op naam roept in de praktijk veel vragen op. Illustratief is de overvloedige recente jurisprudentie over de vraag wanneer de omschrijving van een te verpanden vordering in een pandakte voldoet aan het bepaaldheidsvereiste. Een aantal vragen over het bepaaldheidsvereiste is in deze jurisprudentie door de Hoge Raad beantwoord.² Voor veel andere vragen omtrent pandrecht op vorderingen geldt dat niet.

3. *Complexe rechtsfiguur, drie partijen.* Voor de vele vragen die pandrecht op vorderingen op naam oproept bestaan vier hoofdoorzaken. Allereerst zijn bij een pandrecht op vorderingen op naam steeds (minstens)

1 Art. 3:84 lid 3 BW.

2 Zie hoofdstuk 7.

drie partijen betrokken: de pandgever, de pandhouder en de debiteur. Driepartijenverhoudingen zijn complexe rechtsfiguren. Bij een pandrecht op een vordering komt daar, evenals bij cessie, nog bij dat één van de betrokkenen, de schuldenaar, na de mededeling van het pandrecht aan hem in een rechtsverhouding tot een derde, de pandhouder, komt te staan zonder dat hij dat in de meeste gevallen gewild zal hebben.³

4. *Goederen- én verbintenissenrecht.* Een andere oorzaak is het hybride karakter van een vordering op naam.⁴ Enerzijds, in zijn relatie tot de debiteur, heeft de rechthebbende van een vordering op naam een persoonlijk recht op een prestatie, dat hij uitsluitend jegens de debiteur kan laten gelden. Anderzijds is de rechthebbende tot een vordering in zijn relatie tot 'ieder ander' de absoluut rechthebbende van die vordering. Hij is, hoewel het huidige Burgerlijk Wetboek de eigendom van vorderingsrechten niet kent,⁵ te beschouwen als de eigenaar van de vordering.⁶ De overdracht en de verpanding van vorderingen op naam zijn in ons recht goederenrechtelijke rechtsfiguren.⁷ Het is overigens nog niet zo heel lang geleden dat juristen er moeite mee hadden om een persoonlijk recht als voorwerp van een goederenrechtelijk recht te zien. Zo zag Land een pandrecht op een vordering op naam als een persoonlijk recht.⁸ Zijn tijdgenoot Hamaker beschouwde een pandrecht op een vordering op naam al wel als een zakelijk recht.⁹

Het hybride karakter van een vordering op naam is treffend verwoord door P. Scholten:

"Het is juist het eigenaardige van het vorderingsrecht dat het niet is losgemaakt van het geheel van de feiten, die tot zijn ontstaan aanleiding gaven. Dit is alleen anders, indien de vordering in een voor overdracht bestemd papier is belichaamd. (...) Hier is van de ontstaansfeiten ten aanzien van latere verkrijgers geabstraheerd. Soortgelijke abstractie heeft bij den eigendom plaats. (...) [Mij] bindt (...) wat mijn voorganger in het vorderingsrecht omtrent de vordering bedongen [heeft], (...) ter-

3 Vgl. Van Creveld 1953, p. 13-14.

4 Zie Köster 1964, p. 73.

5 Art 5:1 lid 1 jo. 3:2 BW.

6 Vgl. Kortmann 1973, p. 426-436.

7 De wetgever had er ook voor kunnen kiezen de overgang van vorderingen volledig in het verbintenissenrecht te regelen. Zwalve (Zwalve 2003 en Zwalve 2006, p. 253-254) heeft zo een volledig verbintenisrechtelijke regeling van de overgang van vorderingen bepleit.

8 Land 1861, p. 17.

9 Hamaker 1875.

wijl ik vrij sta - behoudens de vestiging van zakelijke rechten en de zakelijke werking van zekere overeenkomsten, - tegenover wat mijn voorganger in den eigendom goed vond toe te zeggen.”¹⁰

Daar komt nog bij dat een vordering op naam vrijwel steeds zal zijn ingebed in een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding tussen de debiteur en de crediteur van de vordering die méér omvat dan de vordering op naam als zodanig. Gevolg hiervan is, dat overdracht of verpanding van een vordering op naam kan leiden tot tal van vragen over de gevolgen van de overdracht of verpanding voor die gehele rechtsverhouding. Immers: door verpanding of cessie van een vordering wordt deze min of meer afgesplitst van de rechtsverhouding waar zij uit voortkomt, maar zij komt daar nooit geheel van los.¹¹

5. *Stil pand is een nieuwe figuur.* De derde oorzaak voor de vele vragen die pandrecht op vorderingen op naam oproept, is dat *stille* verpanding tot de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek niet mogelijk was en openbare verpanding in de praktijk nauwelijks werd toegepast.¹² Zekerheid op vorderingen op naam werd onder het oude recht in hoofdzaak verkregen door fiduciaire eigendomsoverdracht. Onder het oude recht is dan ook nauwelijks jurisprudentie over pandrecht op vorderingen gevormd. Ook de doctrine hield zich slechts in beperkte mate met pandrecht op vorderingen bezig,¹³ ondanks dat het belang van zekerheidsrechten op vorderingen al in de negentiende eeuw werd ingezien.¹⁴ Daar komt nog bij dat de regeling van het pandrecht in het Burgerlijk Wetboek ingrijpend afwijkt van de regeling in het oude Burgerlijk Wetboek.

Fiduciaire eigendomsoverdracht is een wezenlijk andere figuur dan pandrecht, alleen al om de reden dat een (fiduciaire) eigendomsoverdracht tot overgang van eigendom leidt en de vestiging van een pandrecht niet.¹⁵ Dat was zo onder het Romeinse recht,¹⁶ onder het oude Burgerlijk Wetboek¹⁷ en is ook thans nog het geval. Literatuur en jurisprudentie over de fiduciaire cessie van vorderingen die op het oude recht be-

10 Noot onder HR 2 november 1933, NJ 1934, p. 302 e.v. (Hollandsch Bloembollenkwekersgenootschap/Van der Ploeg en Van Zanten).

11 Vgl. Köster 1964, p. 74.

12 Zie par. 3.1-3.2.

13 Zo constateerde reeds Lioni 1885, p. 8.

14 Bijvoorbeeld door Land 1861, p. 14.

15 Zie hoofdstuk 4.

16 Zie bijvoorbeeld Tellegen en Tellegen-Couperus 2002, p. 1475-1495.

17 Vgl. Lioni 1885, p. 46 en Hamaker 1899, p. 14-22.

trekking hebben, zijn voor de beantwoording van vragen over pandrecht onder het nieuwe recht dan ook niet steeds geschikt en met betrekking tot enkele voor pandrecht specifieke vragen zelfs in het geheel niet voorhanden.

6. *Behoeften van de praktijk.* Een oorzaak voor de in de praktijk ervaren onduidelijkheid is ook de praktijk zelf. De praktijk heeft er behoefte aan rechtsverhoudingen naar eigen inzicht en liefst zo flexibel mogelijk vorm te geven. Dat leidt tot het opzoeken van de grenzen van wat kan.¹⁸ Daarnaast wordt van pandrecht op vorderingen gebruik gemaakt in situaties waarvan de wetgever zich ten tijde van de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek geen voorstelling kon maken, zoals de effectisering (securitisatie) van grote aantallen vorderingen. Een aantal vragen die pandrecht op vorderingen kan oproepen heeft de wetgever daardoor niet kunnen voorzien.

1.3 Belang van het onderzoek

7. *Gebrek aan literatuur.* Er zijn voldoende aanleidingen voor een boek over pandrecht op vorderingen op naam. De eerste aanleiding is dat er geen recente literatuur beschikbaar is waarin de huidige regeling en een aantal vragen die deze regeling oproept op systematische wijze worden behandeld. De dissertaties van Van Mierlo¹⁹ en Reehuis²⁰ verschenen voordat de huidige regeling is ingevoerd, zodat deze auteurs geen vragen konden behandelen die in de praktijk pas zouden rijzen en zij niet konden putten uit ervaringen met de huidige regeling en uit de onder de huidige regeling gevormde jurisprudentie. In de verschillende goederenrechtelijke handboeken wordt pandrecht op vorderingen niet diepgaand behandeld. Dat is begrijpelijk, daar het slechts één van de vele onderwerpen is die in die boeken behandeld (moeten) worden. In tijdschriften en verzamelsbundels verschenen artikelen behandelen naar hun aard slechts één of enkele problemen.

8. *Jurisprudentie roept vragen op.* De tweede aanleiding is dat er weliswaar vrij veel onder de huidige wetgeving gewezen arresten van de Hoge

18 Zo ook Struycken 2007, p. 774.

19 Van Mierlo 1988

20 Reehuis 1987.

Raad over pandrecht op vorderingen op naam zijn, maar dat deze jurisprudentie voornamelijk het bepaaldheidsvereiste als onderwerp heeft. Op een aantal vragen is het antwoord niet in de jurisprudentie te vinden. Bovendien roept de jurisprudentie over het bepaaldheidsvereiste nog niet beantwoorde vragen op.²¹ Een voorbeeld is de vraag wanneer een toekomstige vordering vatbaar is voor de vestiging van een stil pandrecht, gelet op de regel dat op een toekomstige vordering uitsluitend een stil pandrecht kan worden gevestigd als deze rechtstreeks voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding.²² Deze vraag komt vaker en nadrukkelijker op nu duidelijk is dat het bepaaldheidsvereiste voor de vestiging van pandrechten op toekomstige vorderingen geen belemmering vormt.

Uit het grotendeels uitblijven van arresten van de Hoge Raad over andere problemen dan het bepaaldheidsvereiste mag niet worden afgeleid dat die problemen in de praktijk niet bestaan. Ondanks dat de praktijk graag de grenzen aftast, zijn er vragen waarover geen jurisprudentie ontstaat doordat de praktijk graag voor zekerheid kiest: liever dagelijks een pandlijst registreren dan er in een procedure achter komen dat het begrip 'rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding' beperkter dient te worden uitgelegd dan gedacht.

9. *Traditionele en nieuwe financieringsvormen.* De grote financieel-economische belangen die met pandrecht op vorderingen gepaard gaan, zijn de derde aanleiding voor dit boek. Het overgrote deel van de Nederlandse ondernemingen heeft geen rechtstreekse toegang tot de kapitaalmarkt. Het publiekelijk aanbieden van aandelen of obligaties is slechts voor de grootste ondernemingen haalbaar. Ook het aantrekken van onderhandse leningen van institutionele beleggers is slechts voor grotere ondernemingen weggelegd. Verreweg de meeste ondernemingen kunnen in hun financieringsbehoefte echter niet met eigen vermogen voorzien. In de financieringsbehoefte van ondernemingen die geen rechtstreekse toegang hebben tot de kapitaalmarkt wordt in belangrijke mate voorzien door banken.²³

Banken zijn tot verstrekking van krediet aan ondernemingen veelal uitsluitend bereid indien zekerheid wordt gesteld. Voor veel ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf is een pandrecht op vorderingen een

21 Zie Verdaas 2002b. Zie over het bepaaldheidsvereiste hoofdstuk 7.

22 Art. 3:239 lid 1 BW. Zie ook par. 8.3.1.

23 Zie (in het bijzonder Chapter 2 van) Saunders and Schmeits 2002.

belangrijke en soms zelfs de enige zekerheid die zij kunnen verstrekken. De oorzaak hiervan is dat veel ondernemingen niet over substantiële andere activa beschikken waarop een zekerheidsrecht kan worden gevestigd. Bij dienstverlenende ondernemingen, waarvan de belangrijkste activa meestal bestaan uit geleasde auto's, een gehuurd kantoorpand, een klantenbestand en vorderingen op afnemers is dit evident. Echter, ook ondernemingen die beschikken over voorraden of andere waardevolle roerende zaken kunnen hierop vaak geen zekerheidsrechten vestigen die voor een bank waardevol zijn. Op voorraden van handelsondernemingen rust veelal een eigendomsvoorbehoud. Minder vlottende activa zoals machines zijn vaak voorwerp van een 'objectfinanciering' en als gevolg daarvan eigendom van bijvoorbeeld een leasemaatschappij of verpand aan een andere financier dan de huisbank.

Pandrecht op vorderingen kan ook bij andere financieringsvormen dan bancaire krediet een belangrijke rol spelen. Voorbeelden zijn factoring en de effectisering van een portefeuille van geldvorderingen. Een andere minder traditionele toepassing van pandrecht op vorderingen op naam is het gebruik dat er bij 'intercompany' financieringen binnen concerns van gemaakt wordt. Een voorbeeld hiervan is een werkmaatschappij die door haar moeder gefinancierd wordt en tot zekerheid van die financiering de vorderingen op haar debiteuren in pand geeft.

1.4 Doel en methode

10. *Een aantal vragen.* Doel van dit onderzoek is de beantwoording van een aantal vragen die de regeling van het pandrecht op vorderingen op naam oproept of zou kunnen oproepen. De nadruk ligt daarbij op problemen die voor de praktijk van belang zijn gebleken of waarvan aannemelijk is dat ze voor de praktijk van belang kunnen worden. Bronnen van inspiratie daarbij zijn mijn eigen praktijkervaringen, literatuur, rechtspraak en - voor wat betreft de vragen die mogelijk zouden kunnen rijzen - logisch nadenken. Er is niet gestreefd naar behandeling van al de vragen die de regeling van het pandrecht oproept of kan oproepen. De reden daarvoor is dat een grondige behandeling van al die vragen te omvangrijk zou zijn voor één promotieonderzoek. De nadruk ligt op vragen over de mogelijkheden om op vorderingen op naam een (stil) pandrecht te kunnen vestigen en op de rechten en verplichtingen van de drie bij een pandrecht op vorderingen op naam betrokken subjecten, de pandgever casu quo diens faillissementscurator, de pandhouder en de debiteur. De te

behandelen vragen zijn te vinden in het in paragraaf 1.5 opgenomen plan van behandeling.

11. *Geldend en wenselijk recht.* Van elk van deze vragen is eerst het antwoord naar geldend recht gezocht. Voor zover de antwoorden op de vragen voor het geldende recht niet te vinden zijn in de wet, de wetsgeschiedenis, de jurisprudentie en/of de handboeken, is getracht het antwoord te vinden in het systeem van het (goederen)recht.²⁴ Daarbij is vooral naar verwante rechtsfiguren gekeken, zoals de cessie van vorderingen en het derdenbeslag op vorderingen. Bij een aantal vragen luidt de conclusie dat er naar geldend recht geen antwoord op te geven is.

Nadat, voor zover mogelijk, een gestelde vraag naar geldend recht is beantwoord, is steeds aangegeven wat het antwoord op die vraag volgens het naar mijn opvatting wenselijke recht is. De in hoofdstuk 2 geformuleerde algemene uitgangspunten gelden daarbij als leidraad. Als een vraag naar geldend recht niet te beantwoorden is of als het antwoord op een vraag naar wenselijk recht afwijkt van het geldende recht is veelal een voorstel tot wetswijziging gedaan. Concrete tekstvoorstellen voor wetsbepalingen zijn niet geformuleerd.

12. *Het huidige systeem als uitgangspunt.* In het bestaande wettelijk systeem is een pandrecht op een vordering op naam een beperkt verhaalsrecht op die vordering dat de houder van dat pandrecht het recht verschaft om als separatist, buiten de pandgever of diens curator om, met voorrang verhaal te nemen op de verpande vordering.²⁵ Tegen dit systeem als zodanig zie ik geen bezwaren. De huidige regeling kent weliswaar gebreken, maar deze gebreken zijn niet inherent aan het systeem; met het bestaande systeem als zodanig valt goed te werken. Dit systeem is om deze reden als uitgangspunt genomen. Wel zal de uitwerking van dit systeem in de huidige wettelijke regeling in een aantal opzichten ter discussie worden gesteld.

Tegen de achtergrond van deze keuzes ligt rechtsvergelijkend onderzoek niet voor de hand. Rechtsvergelijkende beschouwingen blijven in dit boek dan ook achterwege, al is met betrekking tot een enkel onderdeel

24 Vgl. HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 m.nt. DJV (Quint/Te Poel), waarin de Hoge Raad overwoog dat in gevallen die niet uitdrukkelijk in de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen.

25 Vgl. art. 3:227 BW en art. 57 Fw

wel inspiratie aan ander dan Nederlands recht ontleend. Ook regels van internationaal privaatrecht blijven buiten beschouwing.

13. *Algemene leerstukken.* Door (het sluiten van een overeenkomst tot) verpanding van een vordering komen de pandgever en de pandhouder tot elkaar in een rechtsbetrekking te staan die wordt beheerst door algemene leerstukken als de regel dat de verhouding tussen partijen wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid en de regel dat een bevoegdheid niet mag worden uitgeoefend met geen ander doel dan het schaden van een ander.²⁶ Door de mededeling van het pandrecht aan de debiteur van de vordering wordt de pandhouder bevoegd de vordering te innen waardoor er een rechtsbetrekking tussen de pandhouder en de debiteur ontstaat. Ook deze rechtsbetrekking wordt beheerst door deze algemene regels.²⁷ Aan de toepassing van dergelijke algemene regels wordt bij de beantwoording van de onderzoeksvragen geen bijzondere aandacht besteed.

1.5 Plan van behandeling

14. *Stil pand.* Dit boek heeft *stil* pandrecht op vorderingen op naam als onderwerp. Dat wil niet zeggen dat aan *openbare* pandrechten geen aandacht wordt besteed. Er worden vragen behandeld die kunnen rijzen nadat een stil pandrecht, door mededeling daarvan aan de debiteur van de verpande vordering, een openbaar pandrecht geworden is.

Om twee redenen wordt wel afzonderlijke aandacht besteed aan stille pandrechten, maar niet aan *als openbaar pandrecht gevestigde* pandrechten. De eerste reden is dat de wettelijke regeling van het stil pandrecht enkele in dit boek te behandelen vragen oproept die niet van belang zijn voor de regeling van het openbaar pandrecht. Een voorbeeld van zo een vraag is art. 3:239 lid 1 BW, waarin de mogelijkheid om stille pandrechten te vestigen op toekomstige vorderingen is beperkt tot vorderingen die

26 Art 3 13 BW De in art 3 246 lid 2 BW opgenomen bepaling dat degene (hetzij de pandgever hetzij de inningsbevoegde pandhouder) die bevoegd is een vordering door opzegging opeisbaar te maken, gehouden is jegens de ander (hetzij de pandhouder hetzij de pandgever) van die bevoegdheid geen nodeloos gebruik te maken, brengt dergelijke algemene regels tot uitdrukking

27 Art 3 13 BW

rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding, een beperking die niet geldt voor de vestiging van een openbaar pandrecht.²⁸

De tweede reden om geen afzonderlijke aandacht te besteden aan pandrechten die als openbaar pandrecht zijn ontstaan, is dat het voor de in dit boek te behandelen vragen niet zinvol is om onderscheid te maken tussen enerzijds een pandrecht dat als openbaar pandrecht is gevestigd en anderzijds een pandrecht dat als stil pandrecht is ontstaan, maar dat door mededeling van het pandrecht aan de debiteur van de vordering een openbaar pandrecht geworden is.²⁹ Een dergelijk onderscheid wordt ook niet gemaakt in de wettelijke bepalingen die van toepassing zijn op pandrechten die aan de debiteur van de vordering zijn medegedeeld.

15. *De indeling van dit boek.* In hoofdstuk 2 worden enkele algemene uitgangspunten voor de beantwoording van de onderzoeksvragen geformuleerd. In hoofdstuk 3 volgt een korte schets van de regeling van het pandrecht zoals die luidde onder het Burgerlijk Wetboek van 1838, alsmede de regeling zoals die na een wetwijziging gold vanaf 1874. Met dit historisch perspectief wordt beoogd het begrip van de huidige regeling en van de vragen die deze regeling oproept te bevorderen. In dat hoofdstuk is tevens een overzicht op hoofdlijnen van de huidige regeling opgenomen.

Voorafgaand aan de hoofdstukken die zijn gewijd aan specifiek op het pandrecht betrekking hebbende onderzoeksvragen, wordt in hoofdstuk 4 een vergelijking gemaakt tussen de overdracht tot zekerheid en het stil pandrecht. Daar naar huidig recht de hoofdregel geldt dat een overdracht tot zekerheid niet mogelijk is,³⁰ is dit gedeeltelijk een historische exercitie. In hoofdstuk 5 zal aan de hand van de in hoofdstuk 4 gemaakte vergelijking worden gezien of en in hoeverre fiduciaire overdracht tot zekerheid enerzijds en stil pandrecht anderzijds kunnen voldoen aan de aan zekerheidsrechten op naam te stellen vereisten. Die vergelijking leidt tot een antwoord op de vraag hoe in de behoefte aan zekerheidsrechten op vorderingen op naam zou moeten worden voorzien: door overdracht tot

28 Zie hoofdstuk 8. Dat de wet geen expliciete bepaling kent die de vestiging van een openbaar pandrecht op toekomstige vorderingen beperkt, betekent niet dat de openbare verpanding daarvan onbeperkt mogelijk is. De voor de vestiging van een openbaar pandrecht op zowel bestaande als toekomstige vorderingen vereiste mededeling van het pandrecht aan de debiteur is uitsluitend mogelijk als de debiteur bekend is; zie art. 3:94 lid 1 jo. 3:98 BW.

29 Vgl. art. 3:246 BW.

30 Art. 3:84 lid 3 BW. Een uitzondering op deze regel geldt voor een overdracht tot zekerheid als de daaraan ten grondslag liggende titel een financiële zekerheids-overeenkomst is; zie art. 7:55 BW.

zekerheid, door stil pand of door beide figuren naast elkaar te laten bestaan. Die vergelijking gaat aan de behandeling van de specifiek op het pandrecht op vorderingen betrekking hebbende onderzoeksvragen vooraf, omdat het weinig zinvol lijkt om een boek over stil pandrecht op vorderingsrechten te schrijven als een vergelijking van stil pandrecht en cessie tot zekerheid zou leiden tot de conclusie dat de stille cessie tot zekerheid ook heringevoerd kan worden voor situaties waarin deze niet reeds mogelijk is op grond van de titel Financiëlezekerheidsovereenkomsten in Boek 7 BW en/of de jurisprudentie³¹ en dat daarnaast aan stil pandrecht op vorderingen geen behoefte meer zou bestaan.

Het onderwerp van hoofdstuk 6 is de vraag aan welke vereisten een vordering op naam moet voldoen om voor verpanding vatbaar te zijn. In hoofdstuk 7 wordt onderzocht wanneer een vordering voldoende bepaald is om te kunnen worden verpand, alsmede hoe vervolgens moet worden vastgesteld welke vordering(en) is (zijn) verpand. Pandrecht op toekomstige vorderingen komt aan bod in hoofdstuk 8. Daarbij wordt zowel aandacht besteed aan de mogelijkheid om op toekomstige vorderingen een (stil) pandrecht te vestigen als aan de invloed van faillietverklaring van de pandgever op een bij voorbaat op een toekomstige vordering gevestigd pandrecht. De gevolgen van faillietverklaring van de pandgever voor de bevoegdheden om de vordering te innen en op de opbrengst verhaal te nemen, vormen het onderwerp van hoofdstuk 9. In dat hoofdstuk wordt ook aandacht besteed aan de vragen of en op grond waarvan de pandhouder jegens de pandgever of diens faillissementscurator recht heeft op informatie over de verpande vordering. Verrekening, in het bijzonder van vorderingen waarop een pandrecht is gevestigd met tegenvorderingen van de debiteur van de pandgever, is het onderwerp van hoofdstuk 10. Hoofdstuk 11 is gewijd aan de substitutie van het pandrecht, hetzij door een pandrecht op het geïnde na inning van de verpande vordering, hetzij door een pandrecht op een vordering tot vergoeding die ontstaat als de verpande vordering tenietgaat of in waarde vermindert. In hoofdstuk 12 wordt van een aantal met (de inning van) een vordering verband houdende rechten onderzocht door wie deze kunnen worden uitgeoefend: de pandgever, de (inningsbevoegde) pandhouder of beiden. De bevoegdheden van de pandgever en de pandhouder om geschillen met de debiteur van de verpande vordering te beslechten en met hem een minnelijke regeling te treffen, zowel in als buiten rechte, komen aan bod in hoofdstuk 13.

31 Zie par. 5.2.

In het voorlaatste hoofdstuk wordt kort stilgestaan bij enkele vragen die de inpassing in het huidige recht van de fiduciaire eigendoms-overdracht tot zekerheid van vorderingen zou kunnen oproepen als het 'fiduciaverbod' wordt geschrapt. Het laatste hoofdstuk bestaat uit een slotbeschouwing, de belangrijkste conclusies en enkele aanbevelingen aan de wetgever. Het boek sluit af met een Engelstalige samenvatting, een jurisprudentieregister en een overzicht van de aangehaalde literatuur.

16. *Een aantal niet behandelde onderwerpen.* Buiten beschouwing blijft de bijzondere regeling voor het pandrecht dat aan certificaathouders van rechtswege toekomt op grond van de bijzondere regeling in art. 3:259 BW. Hoewel het voor de hand lijkt te liggen om in een boek over pandrecht op vorderingen uitgebreid aandacht te besteden aan de onlangs ingevoerde Titel 2 van Boek 7 BW, strekkende tot uitvoering van de Europese Richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten,³² wordt daar in dit boek slechts incidenteel aandacht aan besteed. Eén reden hiervoor is dat de regeling van financiëlezekerheidsovereenkomsten uitsluitend betrekking heeft op openbare pandrechten,³³ terwijl dit boek de regeling van het stil pandrecht als onderwerp heeft. Een andere reden hiervoor is dat de regeling van financiëlezekerheidsovereenkomsten uitsluitend betrekking heeft op pandrechten op 'giraal geld of effecten',³⁴ maar dit boek de algemene regeling van het stil pandrecht op vorderingen op naam als onderwerp heeft. Aan de regeling van financiëlezekerheidsovereenkomsten wordt wel aandacht besteed bij de behandeling van enkele specifieke onderzoeksvragen, zoals bij de vergelijking van het stil pandrecht met de overdracht tot zekerheid in hoofdstuk 4.

1.6 Leeswijzer

17. *Terminologie c.a.* In de praktijk zijn vorderingen op naam waarop een pandrecht wordt gevestigd vaak geldvorderingen. Ook andersoortige

32 Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten (PbEG 2002, L 168/43). Zie over financiëlezekerheidsovereenkomsten bijvoorbeeld Keijser 2006.

33 Zie Kamerstukken I, 2003/04, 28 874, nr. C (Memorie van Antwoord), p. 2, Kamerstukken I, 2004/05, 28 874, nr. E (Nadere Memorie van Toelichting), p. 6-7 en Kamerstukken II, 2004/05, 30 138, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 8. Zie ook Verstijlen 2006b, nr. 65. Uit de tekst van de wet blijkt dit overigens niet, aldus ook Verstijlen 2005, p. 70.

34 Art. 7:51 aanhef en sub d-e BW

vorderingen kunnen worden verpand, zoals een vordering tot levering van een goed. In de tekst van dit boek is, omwille van de leesbaarheid, niet steeds expliciet aangegeven of het geschrevene (uitsluitend) betrekking heeft op geldvorderingen of (tevens) op andersoortige vorderingen, in het vertrouwen dat dit uit de context van het geschrevene blijkt.

Volgens de terminologie van het Burgerlijk Wetboek is men geen eigenaar van een vordering maar rechthebbende; eigenaar kan men uitsluitend van zaken zijn en niet van andere goederen. Voor het meest omvattende recht dat iemand op een vordering kan hebben, hanteer ik hier en daar toch onbekommerd de term eigendom omdat ik rechthebbendheid te lelijk vind. Daar is mijns inziens geen bezwaar tegen, omdat het recht van de rechthebbende op een vordering alle kenmerken van een eigendomsrecht heeft. Dat hij zijn bevoegdheid *uit* dat recht slechts jegens de debiteur van de vordering kan laten gelden doet daar niets aan af. Dienovereenkomstig wordt de rechthebbende van een vordering in dit boek soms eigenaar genoemd.³⁵

Een vordering op naam is omwille van de leesbaarheid ook wel aangeduid als vorderingsrecht of vordering zonder daarmee betekenisverschil te beogen.

Tenzij expliciet anders is vermeld, geldt dat de schuldenaar en de pandgever dezelfde persoon zijn. Aan 'derdenpand', een pandrecht dat is gevestigd tot zekerheid van een vordering op een ander dan de pandgever, is geen afzonderlijke aandacht besteed.

Waar aandacht is besteed aan de gevolgen van faillietverklaring, is niet tevens aandacht besteed aan de gevolgen van (voorlopige) verlening van surseance van betaling of het van toepassing worden van de wettelijke schuldsaneringsregeling. Hieruit mag niet worden afgeleid dat deze gevolgen steeds hetzelfde zijn.

De tekst is medio augustus 2007 afgesloten. Nadien verschenen literatuur en rechtspraak zijn niet meer verwerkt.

35 Vgl. Kortmann 1973, in het bijzonder p 432-435

ALGEMENE UITGANGSPUNTEN

2.1 Inleiding

18. *Dit hoofdstuk.* In dit hoofdstuk worden enkele algemene uitgangspunten geformuleerd voor de beantwoording van de in de volgende hoofdstukken te behandelen vragen, in het bijzonder voor de antwoorden op de vragen hoe het wenselijke recht eruit zou moeten zien. Met het formuleren van enkele algemene uitgangspunten wordt beoogd de kwaliteit van en de samenhang tussen de antwoorden op de onderzoeksvragen te bevorderen.

Ten behoeve van die uitgangspunten wordt allereerst (in paragraaf 2.2) geanalyseerd welke functies zekerheidsrechten in het algemeen en zekerheidsrechten op vorderingen op naam in het bijzonder vervullen. In verband daarmee wordt in de paragrafen 2.2.1-2.2.3 onderzocht of de mogelijkheid om zekerheidsrechten te vestigen in het algemeen en op vorderingen op naam in het bijzonder, aan beperkingen onderworpen zou moeten zijn in het belang van de zekerheidsgever of van derden. In paragraaf 2.3 wordt, aan de hand van enkele bijzondere kenmerken van zekerheidsrechten op vorderingen op naam, aandacht besteed aan de juridische positie van de debiteur van een in zekerheid gegeven vordering. Daarna wordt (in paragraaf 2.4) een uitgangspunt geformuleerd aan de hand waarvan kan worden bepaald door wie met de inning van een verpande vordering verband houdende rechten uitgeoefend (zouden moeten) kunnen worden, de pandgever, de inningsbevoegde pandhouder of beiden. Tot slot wordt (in paragraaf 2.5) aandacht besteed aan de inpassing van de regeling van het stil pandrecht op vorderingen op naam in het systeem van het (goederen)recht.

2.2 Functies van zekerheidsrechten, in het bijzonder op vorderingen

19. *Het belang van stil pand.* Kredietverlening is in de huidige samenleving onmisbaar. Zo zijn er slechts weinig ondernemingen die hun activi-

teiten met uitsluitend eigen vermogen financieren.¹ Zijn er te weinig mogelijkheden voor ondernemingen om vreemd vermogen aan te trekken dan is dat schadelijk voor de economie. Het is daarom van belang dat ondernemingen op eenvoudige wijze en tegen zo laag mogelijke kosten krediet kunnen krijgen. De bereidheid van financiers om krediet te verstrekken zal toenemen naarmate zij minder risico lopen. Daarnaast zal de prijs die zij voor krediet vragen lager zijn naarmate hun risico lager is. Het is derhalve van belang dat kredietnemers op zoveel mogelijk van hun activa, op eenvoudige wijze en tegen geringe kosten zekerheidsrechten ten behoeve van hun financiers kunnen vestigen.

Dit belang is onderkend door de wetgever. Bij de parlementaire behandeling van Titel 9 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek (Rechten van pand en hypotheek) is in een uitgebreide gedachtewisseling deze in de praktijk levende behoefte onderkend en erkend. Met de algemene bepalingen van pand en hypotheek en de bepalingen die gelden voor pandrechten,² beoogde de wetgever te voorzien in de behoefte om op ruime schaal, op eenvoudige wijze en tegen geringe kosten pandrechten te kunnen vestigen op roerende zaken en op vorderingen.³

De wetgever nam als uitgangspunt dat pandrechten gevestigd kunnen worden op alle niet-registergoederen, met inbegrip van toekomstige roerende zaken en toekomstige vorderingen.⁴ Het moest mogelijk zijn dat de pandgever met de pandhouder overeenkwam dat verpande goederen vrij van pand zouden kunnen worden vervreemd, terwijl door de pandgever nieuw verworven goederen onder een eerder gevestigd pandrecht zouden vallen.⁵

Daarnaast wilde de wetgever de vestiging van stille pandrechten, pandrechten die kunnen bestaan zonder dat anderen dan de pandgever en de pandhouder daarmee bekend zijn, mogelijk maken. Men vreesde dat een regeling die openbaarheid van pandrechten vereiste, bijvoorbeeld door inschrijving van pandrechten in een register, tot teveel administratieve rompslomp en te hoge kosten zou leiden.⁶

In paragraaf 1.3 is reeds uiteengezet dat zowel bij de traditionele kredietverlening door banken als bij andere financieringsvormen zekerheidsrechten op vorderingen een belangrijke rol spelen. De rechtspolitie-

1 Zie Saunders and Schmeits 2002, Chapter 2

2 Respectievelijk afdeling 1 en afdeling 2 van Titel 9 Boek 3 BW

3 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 685-732

4 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 725, 737, 751-752 en 762-763

5 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 744-745

6 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 691, 693, 696, 710 en 759

ke (economische) argumenten van de wetgever om de vestiging van stille zekerheidsrechten op vorderingen op ruime schaal, tegen geringe kosten en op eenvoudige wijze mogelijk te doen zijn, gelden nog onverkort. Er zijn echter ook andere belangen, belangen waaraan rechtspolitieke argumenten kunnen worden ontleend om die mogelijkheid te beperken: bescherming van de zekerheidsgever en bescherming van derden, in het bijzonder de andere crediteuren van de zekerheidsgever dan de zekerheidsgerechtigde. Deze argumenten worden besproken in de paragrafen 2.2.1-2.2.3.

2.2.1 Bescherming van de zekerheidsgever

20. *Algemeen geldende beperkingen?* Een kredietnemer is in veel gevallen een relatief zwakke partij ten opzichte van een professionele financier zoals een bank. Dat geldt voor consumenten en voor kleinere ondernemingen. Het kan zelfs gelden voor een grote onderneming als deze in nijpende financiële problemen verkeert. In dergelijke situaties bestaat de kans dat een (potentiële) schuldeiser zijn kredietnemer bereid vindt om al zijn bestaande en toekomstige activa in zekerheid te geven. In de literatuur is wel betoogd dat kredietnemers daartegen beschermd moeten worden door beperking van de mogelijkheden om (toekomstige) activa in zekerheid te geven.⁷

Echter, een goederenrechtelijke beperking die voor ieder rechtssubject geldt is ongewenst, omdat een dergelijke oplossing de mogelijkheden tot het vestigen van zekerheden beperkt op een wijze die te weinig rekening houdt met de concrete omstandigheden waarin de debiteur en de crediteur verkeren. Zo zou men bijvoorbeeld het in zekerheid geven van toekomstige vorderingen geheel onmogelijk kunnen maken. Daardoor zou enerzijds terecht worden voorkomen dat een zich in een uitzichtloze situatie bevindende natuurlijke persoon al zijn toekomstige inkomsten verpand met als tegenprestatie een krediet op woekervoorwaarden. Anderzijds zou zo een regel onterecht een financieel gezonde onderneming, die in dit opzicht aan bescherming geen behoefte heeft, in haar mogelijkheden beperken om krediet aan te trekken op zo gunstig mogelijke voorwaarden, tegen zo laag mogelijke kosten en met zo weinig mogelijk administratieve lasten. Zelfs indien, wat waarschijnlijk zo is, het overgrote deel van de kredietbehoeftigen relatief zwak staat ten opzichte van professionele kredietverstrekkers, is een goederenrechtelijke, algemeen geldende

7 Zie Struycken 1997 p. 134-139.

beperking op het in zekerheid geven van goederen een te grof middel om die ongelijkheid te compenseren.

21. *Onderscheid tussen sterke en zwakke zekerheidsgevers.* De bescherming van zekerheidsgevers dient bij voorkeur te worden geboden op een zodanige wijze dat rekening kan worden gehouden met de concrete omstandigheden waarin zij verkeren. Dat bestaande remedies, zoals bijvoorbeeld de regeling van de wilsgebreken, wellicht niet altijd voldoende bescherming kunnen bieden, is naar mijn mening onvoldoende reden om op algemeen werkende goederenrechtelijke beperkingen terug te vallen. Het is wel een goede reden om te (blijven) zoeken naar betere oplossingen. In het consumentenrecht is men daar al ver mee gevorderd, niet alleen door dwingendrechtelijke bepalingen maar ook door gedragscodes waaraan financiers zichzelf hebben gebonden en door laagdrempelige geschillenregelingen.

Zo wordt de kredietbehoefte consument beschermd tegen misbruik door kredietgevers doordat een aan de Wet op het consumentenkrediet onderworpen kredietovereenkomst nietig is indien (kort gezegd) de kredietgever bedingt dat de consument hem een zekerheidsrecht verschafft op vorderingen waarvan de opbrengst de consument tot levensonderhoud strekt.⁸ Dergelijke oplossingen zijn ook voor relatief zwakke professionele partijen denkbaar. Gewezen kan worden op de ideeën voor een gedragscode voor de omgang van financiers met ondernemingen in financiële moeilijkheden.⁹

22. *Onderscheid in het goederenrecht?* Verschillende regelingen in het goederenrecht voor enerzijds professionele partijen en anderzijds consumenten zouden een deel van een oplossing kunnen zijn. Toereikend is deze oplossing waarschijnlijk niet, omdat ook deze te ongenueanceerd zou zijn. Gewezen kan worden op de onlangs ingevoerde titel Financiële zekerheidsovereenkomsten in Boek 7 BW. Deze regeling kent een zeer liberaal regime voor overdracht tot zekerheid van en pandrecht op 'giraal geld' en effecten. Overeenkomsten waarbij minstens één der partijen een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf zijn van deze regeling uitgezonderd.¹⁰ Desalniettemin is op de reikwijdte

8 Art. 33 aanhef en sub d Wck.

9 Zie Adriaanse e.a. 2004, Adriaanse 2005, in het bijzonder hoofdstuk 5-6 en Van Santen en Verhoef 2006.

10 Art. 7:52 lid 2 BW.

van deze regeling felle kritiek geuit omdat zij aan 'kleine ondernemers' te weinig bescherming zou bieden.¹¹

Een regeling die een passend beschermingsniveau biedt voor ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf zal voor een financiële instelling die krediet tegen zekerheid van een andere financiële instelling wil opnemen te beperkend kunnen zijn. Het verder verfijnen van het te maken onderscheid zal ongetwijfeld tot afgrenzingsproblemen leiden. Samengevat: algemeen of voor grote groepen van rechtssubjecten geldende, in het goederenrecht opgenomen beperkingen van de mogelijkheid tot de vestiging van zekerheidsrechten ter bescherming van de zekerheidsgever zijn onwenselijk.

2.2.2 Bescherming van andere crediteuren

23. *Een rechtspolitieke vraag.* Een ruime mogelijkheid tot het in zekerheid geven van goederen kan de verhaalsmogelijkheden van de crediteuren die geen zekerheidsrechten hebben beperken of zelfs geheel illusoir maken. In essentie is dit een rechtspolitiek verdelingsvraagstuk: in hoeverre is het wenselijk dat één of enkele crediteuren, als gevolg van de aan hen verleende zekerheidsrechten, met voorrang boven andere crediteuren verhaal kunnen nemen op het vermogen van een schuldenaar? Zowel in de literatuur¹² als in de parlementaire geschiedenis¹³ is betoogd dat de mogelijkheden om activa, in het bijzonder toekomstige activa, in zekerheid te kunnen geven om die reden moeten worden beperkt.

24. *Algemeen geldende beperkingen?* Er zijn argumenten tegen een dergelijke algemeen geldende beperking ter bescherming van de niet verzekerde crediteuren. Een rechtssubject dient in beginsel over al zijn huidige en toekomstige vermogensbestanddelen te kunnen beschikken, hetzij door deze te vervreemden, hetzij door deze met zekerheidsrechten te bezwaren. Het valt niet goed in te zien dat aan een rechtssubject dat de vrijheid heeft om over zijn goederen te beschikken door deze te vervreemden, het recht om daarover te beschikken door deze in zekerheid te geven zou moeten worden onzegd.

Van den Heuvel stelt dat deze vergelijking mank gaat omdat een vervreemding door een debiteur geen wijzigingen in de verhouding tus-

11 Zie bijvoorbeeld Keijser 2006, in het bijzonder p. 350-362.

12 Bijvoorbeeld door Struycken 1997, p. 136-139.

13 Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1337.

sen zijn schuldeisers tot gevolg heeft en de vestiging van een zekerheidsrecht wel. Zij betoogt dat de verlening van een zekerheidsrecht om die reden een nadere rechtvaardiging behoeft.¹⁴ Van den Heuvels stelling dat vestiging van een zekerheidsrecht een wijziging in de verhouding tussen schuldeisers aanbrengt is juist, maar doet niets af aan de notie dat een autonoom rechtssubject buiten een (dreigende) concursus creditorum de vrijheid heeft om over zijn eigendom te beschikken zoals het hem goeddunkt, door zijn eigendom over te dragen of deze met een beperkt (zekerheids)recht te bezwaren. Afwijzing van die notie zet de bijl aan de wortels van onze liberale, op vrije concurrentie gebaseerde markteconomie.¹⁵ Een wijziging in de verhouding tussen crediteuren, door verlening van een zekerheidsrecht, is naar mijn opvatting eerst ongerechtvaardigd vanaf het moment waarop sprake is van (een concrete verwachting van) een concursus creditorum.

Ongerechtvaardigde benadeling van crediteuren, doordat in het zicht van een concursus de verhouding tussen de crediteuren wordt gewijzigd, kan worden tegengegaan casu quo ongedaan worden gemaakt, bijvoorbeeld met behulp van de actie uit onrechtmatige daad of een beroep op de (faillissements)pauliana. Als met behulp van deze correctiemechanismen ongerechtvaardigde benadeling onvoldoende kan worden tegengegaan, ligt het meer voor de hand de werking hiervan te verbeteren dan de mogelijkheid tot het vestigen van zekerheidsrechten te beperken.¹⁶ Een algemeen geldende beperking van de beschikkingsbevoegdheid van een rechthebbende omdat hij door te beschikken *mogelijk* derden op ongerechtvaardigde wijze zou kunnen benadelen, is daarvoor onvoldoende rechtvaardiging.

2.2.3 Bescherming tegen stille zekerheden

25. *Publiciteit*. Derden hebben er belang bij dat goederenrechtelijke verhoudingen kenbaar voor hen zijn. Om die reden is een mutatie in goederenrechtelijke rechten in het algemeen slechts mogelijk als aan bepaalde publiciteitseisen is voldaan. Voor registergoederen geldt een strenge pu-

14 Van den Heuvel 2004, p. 66-69.

15 Uiteindelijk vindt Van den Heuvel voldoende rechtvaardiging voor een ruime mogelijkheid om zekerheidsrechten op goederen te vestigen. Zie Van den Heuvel 2004, par. 5.5. en hoofdstuk 6.

16 Zie bijvoorbeeld de studie van Van Eeghen (Van Eeghen 2006) over de verdeling van verhaalsrisico's in het 'schemergebied' dat aan een faillissement vooraf pleegt te gaan en de studie van Van Dijck (Van Dijck 2006) over de faillissementspauliana.

bliciteitseis: inschrijving van een notariële akte in een openbaar register. Derden kunnen door raadpleging van een openbaar register de goederenrechtelijke status van een registergoed achterhalen. Crediteuren kunnen zo bijvoorbeeld vaststellen of hun debiteur de eigenaar is van een onroerende zaak, alsmede met welke beperkte rechten, zoals hypotheekrechten, die zaak belast is.¹⁷

Voor de vestiging van een stil pandrecht geldt geen publiciteitseis. Voor de vestiging daarvan is een authentieke of een geregistreerde onderhandse akte vereist.¹⁸ Registratie van zo een akte in een *openbaar* register is niet vereist; de in de wet bedoelde registratie bij de Inspectie der Registratie en Successie van de Belastingdienst van een onderhandse pandakte is geen registratie in een openbaar register.¹⁹ Deze registratie strekt uitsluitend tot vastlegging van het tijdstip waarop het pandrecht is gevestigd.²⁰

Doordat geen publiciteitseis geldt voor de vestiging van een stil pandrecht zal een stil pandrecht voor derden, zoals crediteuren van de pandgever, in veel gevallen niet kenbaar zijn. De debiteur van een stil verpande vordering wordt tegen zijn onbekendheid met het pandrecht beschermd doordat hij bevrijdend kan betalen aan de pandgever. Derden aan wie de stil verpande vordering wordt overgedragen of die een beperkt recht op de vordering verkrijgen, worden tegen hun onbekendheid met een stil pandrecht slechts in bijzondere gevallen beschermd. Aan art. 3:88 BW kunnen zij geen bescherming ontleen, omdat de onbevoegdheid van degene van wie zij (een recht op) de vordering verkrijgen niet het gevolg is van de ongeldigheid van een vroegere overdracht. Aan art. 3:36 BW kunnen zij slechts bescherming ontleen als zij zijn afgegaan op een door de pandhouder gegeven verkeerde voorstelling van zaken.

26. *Bescherming tegen stille pandrechten?* Is een en ander aanleiding om crediteuren te beschermen tegen stille pandrechten op de goederen van hun debiteur? Bij de totstandkoming van de huidige regeling is overwogen een registerpandrecht in te voeren. Aan pandrechten die niet op een andere wijze voor derden kenbaar zijn, doordat de verpande zaken in de macht van de pandgever of een derde zijn gebracht, zou het vereiste van inschrijving in een openbaar register kunnen worden gesteld. Crediteuren

17 Zie nader over het publiciteitsvereiste Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 80-81, Verstijlen 2004 en Struycken 2007, p. 290-292, 337-342, 792-793 en 797-798

18 Art. 3:239 lid 1 BW.

19 Vgl. art. 1 en 10 van de Registratiewet 1970.

20 Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1329-1330.

van de pandgever zouden door raadpleging van dat register worden beschermd tegen bij hen onbekende pandrechten van derden.²¹ Een bezwaar tegen zo een registerpandrecht was, dat van een daadwerkelijk stil pandrecht geen sprake meer zou zijn als een pandrecht door raadpleging van een register voor eenieder kenbaar zou zijn. Gevreesd werd dat van die openbaarheid een remmende werking op het gebruik van het pandrecht en daarmee op de kredietverlening zou uitgaan.²² Een ander bezwaar was de administratieve rompslomp en de kosten die een registerpand met zich mee zou brengen.²³

Nog een ander bezwaar was, dat de inschrijving in een register in de praktijk weinig bescherming zou bieden. Men betwijfelde of het register in de praktijk voorafgaand aan iedere transactie zou worden geraadpleegd. Bovendien geeft de enkele wetenschap dat goederen zijn bezwaard met een pandrecht geen inzicht in de, mogelijk fluctuerende, omvang van de vordering die de pandhouder op het verpande met voorrang zou kunnen verhalen. Daar komt nog bij dat een schuldenaar, ook als door hem verleende pandrechten openbaar zijn, aan wie afgaat op de roerende zaken die hij tot zijn beschikking heeft om vele redenen solvabeler kan schijnen dan hij in werkelijkheid is. De roerende zaken waarover een schuldenaar beschikt kunnen aan hem zijn geleend of verhuurd, voorwerp zijn van een huurkoopovereenkomst of op krediet van een leverancier, eventueel onder eigendomsvoorbehoud, door hem zijn gekocht.²⁴ Op deze gronden is terecht afgezien van de invoering van een registerpandrecht als alternatief voor het stil pandrecht.

Is het wenselijk crediteuren tegen stille pandrechten op de goederen van hun debiteur te beschermen door de mogelijkheden tot *vestiging* van stille pandrechten te beperken, bijvoorbeeld door de vestiging van stille pandrechten op *toekomstige* goederen niet onbeperkt toe te laten? Een sterk argument tegen bescherming van niet verzekerde crediteuren door beperking van de mogelijkheid tot vestiging van stille pandrechten, is dat van crediteuren mag worden verwacht dat zij er rekening mee houden dat hun debiteuren stille pandrechten op hun (toekomstige) goederen hebben gevestigd nu het opnemen van krediet en het vestigen van stille pandrechten tot zekerheid daarvoor veel voorkomt. De crediteur die krediet

21 Over de invoering van een registerpandrecht is bij de parlementaire behandeling van het ontwerp van Titel 3.9 BW uitgebreid van gedachten gewisseld, zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 685-725.

22 Parl. Gesch. Boek 3, p. 685, 696 en 723.

23 Parl. Gesch. Boek 3, p. 691, 696, 710, 714 en 723.

24 Parl. Gesch. Boek 3, p. 685 e.v. en 724.

verleent zonder zekerheid weet dat hij het risico neemt dat hij uiteindelijk geen verhaal kan nemen omdat op de activa van zijn debiteur zekerheidsrechten van andere crediteuren rusten.²⁵

2.2.4 *Het eerste uitgangspunt: een ruime mogelijkheid tot stille verpanding van vorderingen*

27. *Conclusie.* Mijn conclusie is dat er goede argumenten zijn om de vestiging van zekerheidsrechten op vorderingen op ruime schaal toe te laten. Er zijn geen goede redenen om een zekerheidsgever of zijn crediteuren te beschermen tegen de vestiging van (stille) zekerheid op vorderingen door een algemene beperking van de bevoegdheid tot het vestigen van dergelijke zekerheden. Deze conclusie leidt tot het uitgangspunt dat de vestiging van stille pandrechten op vorderingen op naam op ruime schaal, op eenvoudige wijze en tegen geringe kosten mogelijk moet zijn.

2.3 **Zekerheidsrechten op vorderingen op naam: 1 object, 3 subjecten**

28. *Het belang van de debiteur.* Bij zekerheidsrechten op goederen zijn steeds minstens één object (het goed) en twee subjecten (de schuldeenaar/zekerheidsgever en de schuldeiser/zekerheidsnemer) betrokken. Er is derhalve sprake van een verhouding waarbij minstens twee partijen betrokken zijn. Bij een zekerheidsrecht op een zaak zal deze verhouding veelal tot een tweepartijenverhouding beperkt blijven. Bij zekerheidsrechten op vorderingen op naam is dit anders. Door de vestiging van een zekerheidsrecht op een vordering op naam kunnen ook de belangen van de debiteur van die vordering op enigerlei wijze in het geding zijn. De debiteur kan in een rechtsverhouding tot de zekerheidsnemer komen te staan, veelal zonder dat zijn band met zijn (oorspronkelijke) schuldeiser wordt verbroken. Gevolg daarvan is niet alleen het ontstaan van een complexe driepartijenverhouding, maar tevens dat de debiteur met een derde, de zekerheidsnemer, te maken kan krijgen zonder dat hij 'daar om gevraagd heeft'. Hij komt, mogelijk tegen zijn wil, in een rechtsbetrekking tot een derde te staan. Hij kan, ook indien die derde geen andere bevoegdheden heeft dan zijn (aanvankelijke) schuldeiser, daar nadeel van ondervinden, bijvoorbeeld doordat die derde zich, als het op betaling aankomt, minder

25 Vgl. Van den Heuvel 2004, p. 91.

coulant opstelt. Een en ander zou een reden kunnen zijn om de overdracht en de verpanding van vorderingen op naam niet toe te laten.²⁶

29. *De belangen van de pandgever en de pandhouder.* Tegenover dit belang van de schuldenaar van een vordering, staat de toegenomen behoefte van schuldeisers om hun vorderingen liquide te maken door deze over te dragen of tegen verkrijging van krediet in zekerheid te geven. In het verleden vormden vorderingen op naam in de regel slechts een klein deel van het vermogen van een subject. Door economische en maatschappelijke ontwikkelingen zijn vermogens voor een relatief steeds groter deel uit (geld)-vorderingen gaan bestaan. Een agrarisch of industrieel productiebedrijf zal ook heden ten dage nog een substantieel deel van het vermogen in tastbare productiemiddelen geïnvesteerd hebben. Het vermogen van veel dienstverlenende bedrijven zal voor een substantieel deel uit vorderingen op afnemers bestaan.²⁷ In onze economie is al geruime tijd een verschuiving van primaire productie naar dienstverlening gaande en deze ontwikkeling lijkt nog niet ten einde te zijn.

Voor financiers kunnen vorderingen een aantrekkelijk onderpand vormen omdat het liquide activa betreft. Daar komt bij dat in de financiering van vorderingen gespecialiseerde partijen zoals factormaatschappijen en redelijk goed kunnen voorspellen wat de opbrengst van vorderingen met bepaalde kenmerken zal zijn. Deze ontwikkelingen hebben er toe geleid dat een sterke behoefte is ontstaan aan de mogelijkheid om vorderingen over te dragen en om deze in zekerheid te kunnen geven. Als gevolg daarvan is de overdracht en verpanding van vorderingen op ruime schaal door het recht erkend.²⁸

30. *De juridische positie van de debiteur.* Het tegen overdracht en verpanding van vorderingen aangevoerde bezwaar dat een schuldenaar zonder dat gewild te hebben met een andere schuldeiser wordt geconfronteerd, dient tegen dit economische belang te worden afgewogen. Het bezwaar dat de schuldenaar mogelijk heeft tegen inning van de vordering op hem door een derde weegt inmiddels minder zwaar als gevolg van de ruime schaal waarop vorderingen heden ten dage worden overgedragen en verpand: een schuldenaar kan er rekening mee houden dat hij met een andere schuldeiser wordt geconfronteerd.

26 In het Oud-Nederlandse recht was dit aanvankelijk ook het geval; zie Van Creveld 1953, p. 16.

27 Vgl. reeds Land 1861, p. 14.

28 Zo ook reeds Van Creveld 1953, p. 17.

De schuldenaar van een vordering kan er overigens belang bij hebben dat een vordering op hem door overdracht of verpanding liquide kan worden gemaakt. De debiteur die zijn schuld nog niet hoeft te voldoen geniet immers krediet van zijn schuldeiser, zodat hij er belang bij heeft dat zijn schuldeiser op zijn beurt krediet kan opnemen.²⁹

Uitgangspunt zou daarbij wel moeten zijn dat de debiteur van een vordering door de overdracht of de verpanding ervan of door het inningsbevoegd worden van de pandhouder niet in een slechtere juridische positie geraakt.³⁰ Worden de volgende twee beginselen gehanteerd dan zal de juridische positie van de debiteur door de overdracht of verpanding in het algemeen ook niet verslechteren. Het eerste beginsel is dat het object van de verbintenis tussen de cedent casu quo de pandgever en de debiteur door de cessie of de verpanding ervan geen wijziging ondergaat, zodat de cessionaris casu quo de pandhouder jegens de debiteur geen andere rechten kan laten gelden dan de cedent of de pandgever.³¹ Het tweede beginsel is dat de cessie of de verpanding geen afbreuk doet aan de rechten die de debiteur jegens zijn schuldeiser of de pandhouder kan laten gelden. Deze beginselen zijn geldend recht. Art. 6:145 BW, dat bepaalt dat de overgang van een vordering de verweermiddelen van de schuldenaar onverlet laat, is een uitdrukking van dit beginsel.³²

Bij het uitgangspunt dat de juridische positie van de debiteur van een vordering door de overdracht of de verpanding ervan of door het inningsbevoegd worden van de pandhouder niet noemenswaardig mag verslechteren, zij nog opgemerkt dat van de debiteur wel mag worden verwacht dat hij accepteert dat de pandhouder wellicht wat minder 'debiteurvriendelijk' is en wat sneller van zijn bevoegdheden gebruik zal maken dan de pandgever. Ten eerste zou een genuanceerder uitgangspunt met betrekking tot de bevoegdheden van de pandhouder het systeem onwerkbaar maken. Ten tweede mag van de debiteur worden verwacht dat hij voor zijn eigen belangen waakt en zijn schuldeiser niet meer bevoegdheden geeft dan hij wenselijk acht. Doordat aan de pandhouder niet meer bevoegdheden toekomen dan aan de schuldeiser, kan de debiteur zijn eigen belangen ook op een adequate manier behartigen.

29 Zo ook Dalhuisen 2003, p. 32 en 72.

30 Zo ook Wiarda 1937, p. 253 e.v.

31 Aldus reeds Wiarda 1937, p. 362-363.

32 Zie Verpaalen 1964, p. 55-56.

2.3.1 *Het tweede uitgangspunt: geen noemenswaardige verslechtering van de juridische positie van de debiteur*

31. *Conclusie.* Mijn conclusie is dat tot uitgangspunt moet worden genomen dat de juridische positie van de debiteur van een vordering noch door de stille verpanding daarvan, noch door het inningsbevoegd worden van de pandhouder noemenswaardig mag verslechteren.

2.4 **Uitoefening van de met de inning verband houdende rechten**

32. *Pandhouder geen rechthebbende van de vordering.* Door de vestiging van een stil pandrecht op een vordering komt de pandhouder in een rechtsbetrekking tot die vordering te staan. Hij krijgt een beperkt, tegenover derden in te roepen *recht op* de vordering. Zo hoeft de pandhouder rechten van derden op de vordering die na zijn pandrecht zijn ontstaan,³³ afgezien van de mogelijkheid dat die derden tegen het oudere pandrecht worden beschermd, niet tegen zich te laten werken. Ook is de pandhouder bevoegd op te treden tegen derden ter bescherming van de verpande vordering.³⁴ De pandhouder wordt echter noch door de vestiging van een pandrecht op de vordering, noch door de mededeling van het pandrecht aan de debiteur *rechthebbende van* de vordering. De pandhouder is geen crediteur van de vordering; hij is slechts inningsbevoegd.

33. *Stil pand: uitoefening van met de inning verband houdende rechten door de pandgever.* Aan de rechthebbende van een vordering komt, afgezien van zijn recht om daarover te beschikken, een groot aantal met de inning van een vordering verband houdende rechten toe.³⁵ Zo is hij bijvoorbeeld gerechtigd om de debiteur in gebreke te stellen, rechtsmaatregelen jegens de in verzuim verkerende debiteur te nemen en om de verbintenis tot nakoming van de vordering om te zetten in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding. Voor de meeste van de met de inning van een vordering verband houdende rechten geeft de wet geen antwoord op de vraag of deze door de pandgever of door de pandhouder kunnen worden

33 Bijvoorbeeld doordat de pandgever de vordering overdraagt of (nogmaals) met een beperkt recht bezwaart.

34 Vgl. art. 3:245 BW.

35 Hier worden slechts enkele voorbeelden genoemd. Zie voor meer van dergelijke rechten hoofdstuk 12.

uitgeoefend. De wet bepaalt slechts dat de inningsbevoegde pandhouder bevoegd is in en buiten rechte nakoming van de vordering te eisen en de vordering op te zeggen indien deze door opzegging opeisbaar kan worden gemaakt.³⁶

Het ligt voor de hand de uitoefening van de met de inning van een vordering verband houdende rechten aan de pandgever over te laten zolang de pandgever bevoegd is de verpande vordering te innen omdat sprake is van een stil pandrecht. De pandhouder zal er in het algemeen geen behoefte aan hebben om dergelijke rechten geldend te maken zolang hij niet bevoegd is om de vordering te innen. Er lijkt ook geen goede rechtvaardiging te zijn om de pandhouder reeds vóórdat hij inningsbevoegd is de met de inning van de vordering samenhangende rechten te laten uitoefenen. Uitoefening van de met de inning verband houdende rechten door de pandgever zolang geen sprake is van een openbaar pandrecht ligt ten grondslag aan het wettelijk systeem. Voor zover de wet bepaalt dat de pandhouder rechten als hier bedoeld kan uitoefenen, is uitdrukkelijk bepaald dat slechts de *inningsbevoegde* pandhouder daartoe bevoegd is. De pandhouder is eerst nadat het pandrecht op de vordering aan de debiteur is medegedeeld bevoegd in en buiten rechte nakoming daarvan te eisen.³⁷ Ook de bevoegdheid om de vordering door opzegging opeisbaar te maken komt eerst aan de pandhouder toe nadat het pandrecht aan de debiteur van de vordering is medegedeeld.³⁸ Ook uit de parlementaire geschiedenis van art. 3:246 BW blijkt dat de wetgever de uitoefening van tegenover de debiteur geldend te maken rechten aan de pandgever heeft willen overlaten zolang het pandrecht niet aan de debiteur is medegedeeld. Het past bij de aard van het *stille* pandrecht dat "(...) partijen de feitelijke beschikking over de vordering in verhouding tot de debiteur aan de pandgever [overlaten]."³⁹

34. *Openbaar pand: uitoefening door de inningsbevoegde pandhouder?* Het lijkt even voor de hand liggend om de uitoefening van dergelijke rechten, nadat hij inningsbevoegd is geworden, exclusief aan de pandhouder over te laten. Het is immers in overeenstemming met het doel van een pandrecht op een vordering dat de vordering door de pandhouder wordt geïnd zodat hij zich op het geïnde met voorrang kan verhalen door zichzelf uit

36 Art. 3:246 lid 1 en lid 2 BW.

37 Art. 3:246 lid 1 BW.

38 Art. 3:246 lid 2 BW.

39 Parl. Gesch. Boek 3, p. 772.

het geïnde te voldoen.⁴⁰ Hoewel een executoriale verkoop van een vordering door de pandhouder tot de mogelijkheden behoort, is in de praktijk inning van de vordering de belangrijkste manier waarop pandhouders verpande vorderingen te gelde maken.

Er kunnen echter goede redenen zijn om de uitoefening van een met de inning van een verpande vordering verband houdend recht niet aan de inningsbevoegde pandhouder over te laten, bijvoorbeeld omdat de uitoefening van dat recht te ingrijpende gevolgen heeft voor de pandgever. Een voorbeeld is het recht van een schuldeiser om een vordering tot nakoming om te zetten in een vordering tot schadevergoeding.⁴¹ In de hierna volgende paragrafen 2.4.1 tot en met 2.4.3 worden enkele gronden besproken om de uitoefening van rechten, ondanks dat zij verband houden met de inning van een vordering, niet aan de inningsbevoegde pandhouder, maar aan de pandgever over te laten.

Voor de uitoefening van een aantal met de inning van een vordering verband houdende rechten zal gelden dat het onwenselijk, zo niet onmogelijk is dat zowel de pandgever als de pandhouder bevoegd zijn deze uit te oefenen. Er zijn echter ook gevallen waarin er geen bezwaar tegen is dat een recht zowel door de pandgever als door de inningsbevoegde pandhouder kan worden uitgeoefend. In die gevallen is er geen bezwaar tegen om aan te nemen dat een recht zich leent voor uitoefening door zowel de pandgever als door de inningsbevoegde pandhouder.

2.4.1 *Geen ingrijpende beïnvloeding van de positie van de pandgever door de pandhouder*

35. *De pandhouder mag met de inning verband houdende beheersdaden verrichten.* De pandhouder is geen rechthebbende van de verpande vordering zodat hij aan zijn pandrecht niet de bevoegdheid kan ontleen om daarover, anders dan door een executoriale verkoop, te beschikken in goederenrechtelijke zin.⁴² Ook andere rechtshandelingen die de positie van de

40 Zie in dezelfde zin over dit uitgangspunt reeds Land 1861, p. 26-27

41 Zie par. 12.5.1 voor dit voorbeeld en zie hoofdstuk 12 voor andere voorbeelden

42 Buiten beschouwing laat ik de mogelijkheid dat de pandhouder bevoegd is tot herverpanding doordat hij dat met de pandgever is overeengekomen (art. 3:242 BW), alsmede de mogelijkheid dat de pandhouder als middellijk vertegenwoordiger van de pandgever bevoegd is om in eigen naam over de vordering te beschikken (vgl. art. 7:414 e.v. BW en Asser/Van der Grinten/Kortmann 2-I 2004, nr. 135-136 en Bartels 2004, par. 2.2.2)

pandgever ingrijpend beïnvloeden behoren mijns inziens voorbehouden te zijn aan de pandgever. Een diepgaande beïnvloeding van de positie van de pandgever past niet bij de afgeleide aard van het pandrecht, noch bij het gegeven dat de pandhouder niet de rechthebbende van de vordering is.⁴³

Wel moet de inningsbevoegde pandhouder met betrekking tot de vordering alle met de inning daarvan samenhangende daden van beheer kunnen verrichten.⁴⁴ Hiervoor is een aantal argumenten. Allereerst is een ruime mogelijkheid tot verpanding van vorderingen zinledig als de pandhouder zich op de aan hem verpande vorderingen niet kan verhalen. De meeste gerede wijze van verhaal op een vordering door de pandhouder is dat de pandhouder de vordering int en zich uit het geïnde voldoet. Is de pandhouder inningsbevoegd, dan past daarbij dat de pandhouder ook daadwerkelijk in staat is de verpande vordering te innen zonder dat hij juridische belemmeringen ondervindt die de rechthebbende van de vordering niet zou ondervinden als hij de vordering zou innen.

Daarnaast lijkt het weinig praktisch dat de crediteur van een vordering, ook indien hij zoals een inningsbevoegde pandhouder 'slechts' crediteur in verbintenisrechtelijke zin en niet de rechthebbende van de vordering is, de uitoefening van bepaalde met de inning van de betreffende vordering samenhangende rechten aan de rechthebbende zou moeten overlaten.⁴⁵ Een voorbeeld is het recht om nadere afspraken over de opeisbaarheid van een vordering te maken. Het is ook voor de debiteur weinig aantrekkelijk dat hij voor bepaalde op de betaling van zijn schuld betrekking hebbende kwesties met een andere partij te maken heeft dan de partij aan wie hij zijn schuld bevrijdend kan voldoen.

Daarbij komt dat er mijns inziens geen goede reden is om de op het beheer van een vordering betrekking hebbende rechten die aan een cesionaris toekomen aan een inningsbevoegde pandhouder te onthouden. Dat de inningsbevoegde pandhouder geen rechthebbende van de vordering is, is geen goede reden om hem de uitoefening van de, direct of indirect, met de inning samenhangende rechten te onthouden als die wel door de rechthebbende van een vordering kunnen worden uitgeoefend.

43 Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 772-773.

44 In dezelfde zin reeds de voorzitter van de Commissie van Rapporteurs, Kappeyne van de Coppello, bij de parlementaire behandeling van de voorstellen die leidden tot de regeling van het pandrecht van 1874; zie Lioni 1885, p. 250.

45 In dezelfde zin Heyman 1992, p. 346. Zie ook hierna hoofdstuk 12.

2.4.2 *Uitoefening van rechten ten aanzien van de overeenkomst waaruit de verpande vordering voortvloeit door de pandgever*

36. *De pandhouder is geen partij bij de overeenkomst pandgever-debiteur.* Rechten die, als zij worden uitgeoefend met betrekking tot de verpande vordering, niet alleen gevolgen hebben voor die vordering maar de rechten en plichten van de pandgever en/of de debiteur ook overigens kunnen raken, komen mijns inziens niet voor uitoefening door de pandhouder in aanmerking. De inningsbevoegde pandhouder staat weliswaar in een rechtsbetrekking tot de vordering en in een rechtsbetrekking tot de debiteur van de vordering, maar hij is geen partij bij de overeenkomst waaruit de vordering voortvloeit. Rechten uit de overeenkomst die niet uitsluitend betrekking hebben op de verpande vordering kan hij niet geldend maken tegenover de wederpartij van de pandgever, de debiteur van de vordering.⁴⁶

Het is ook niet wenselijk dat rechten die een ruimer bereik hebben dan de verpande vordering door de pandhouder kunnen worden uitgeoefend. Het is onwenselijk dat de houder van een (pand)recht op één of meer vorderingen uit een overeenkomst de rechten en verplichtingen van de partijen (de pandgever en de debiteur) bij een overeenkomst tussen die partijen verdergaand kan beïnvloeden dan met betrekking tot die specifieke vordering(en). Om die reden is het naar geldend recht bijvoorbeeld niet mogelijk dat de pandhouder bevoegd is de overeenkomst waaruit de vordering voortspruit op te zeggen of te ontbinden.⁴⁷

2.4.3 *Geen uitoefening van persoonlijke rechten van de pandgever door de pandhouder*

37. *Persoonlijke rechten van de pandgever.* Rechten die op grond van de wet, naar hun aard of krachtens overeenkomst zijn aan te merken als rechten die slechts door de oorspronkelijke schuldeiser (de pandgever) kunnen worden uitgeoefend, zijn van uitoefening door de pandhouder uitgesloten. Of een recht als een uitsluitend door de pandgever uit te oefenen recht heeft te gelden, zal van geval tot geval moeten worden bepaald.

46 Hetzelfde wordt aangenomen in geval van cessie van een vordering. Vgl. Wiarda 1937, p. 328-332, Parl. Gesch. Boek 6, p. 528, Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr. 283 en Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 566.

47 In dezelfde zin Parl. Gesch. Boek 3, p. 772-773.

Bij de beantwoording van de vraag of een recht zodanig aan de persoon van de pandgever is verbonden dat het moet worden aangemerkt als een recht dat niet door de pandhouder kan worden uitgeoefend, kunnen de criteria die bepalend zijn voor de (on)verpandbaarheid van een vordering op grond van de aard van de vordering of op grond van hetgeen de pandgever en de debiteur zijn overeengekomen, tot leidraad dienen. Zie voor die criteria hierna de paragrafen 6.4.3 en 6.4.4. Voor wilsrechten van de pandgever geldt daarnaast, dat deze niet door de pandhouder kunnen worden uitgeoefend indien de aard van het recht zich ertegen verzet dat het wordt uitgeoefend door een ander dan de pandgever.⁴⁸

Het recht van een kredietnemer om door het 'afroepen' van zijn krediet een vordering op zijn bank te doen ontstaan, is een recht dat niet kan worden uitgeoefend door de beslaglegger die beslag op de vorderingen uit de kredietovereenkomst heeft gelegd, omdat de aard van zo een wilsrecht zich daartegen verzet.⁴⁹ Hetzelfde heeft mijns inziens te gelden als de vorderingen uit de kredietovereenkomst zijn verpand: de aard van het wilsrecht tot het 'afroepen' van het krediet verzet zich tegen uitoefening daarvan door de pandhouder.

2.4.4 Uitoefening van rechten door de hoogst gerangschikte openbaar pandhouder

38. *Exclusiviteit voor de inningsbevoegde pandhouder?* Voor uitoefening van vrijwel elk met de inning van een vordering verband houdend recht zal gelden dat het onwenselijk (zo niet onmogelijk) is dat meerdere pandhouders dit (kunnen) uitoefenen. Zijn er meerdere openbaar pandhouders, dan ligt het voor de hand aan te sluiten bij de regel dat uitsluitend de *hoogst gerangschikte* openbaar pandhouder bevoegd is de vordering te innen⁵⁰ en deze door opzegging opeisbaar te maken,⁵¹ zodat uitsluitend de hoogst gerangschikte openbaar pandhouder tot uitoefening van de met de inning van de vordering verband houdende rechten bevoegd is.

48 In deze zin voor de uitoefening van een wilsrecht door een beslaglegger HR 29 oktober 2004, JOR 2004/338 m nt A van Hees, NJ 2006, 14 m nt H J Snyders, JBP r 2004/68 m nt A W Jongbloed (Van den Bergh/Van der Walle en ABN AMRO)

49 Zie r.o. 3.6 van het in de vorige voetnoot genoemde arrest

50 Art. 3:246 lid 1 jo. lid 3 BW

51 Art. 3:246 lid 2 BW

2.4.5 *Het derde uitgangspunt: uitoefening van de met de inning verband houdende rechten door de pandgever en/of de inningsbevoegde pandhouder*

39. *Conclusie.* Het voorafgaande leidt tot het volgende, derde uitgangspunt. Een met de inning van een verpande vordering samenhangend recht kan worden uitgeoefend door de *hoogst gerangschikte openbaar pandhouder* tenzij (i) de uitoefening van het recht geen beheersdaad is, (ii) de uitoefening van het recht niet uitsluitend betrekking heeft op de vordering of (iii) het een persoonlijk recht van de pandgever betreft. Bestaat daartegen geen bezwaar, dan blijft ook de pandgever bevoegd tot de uitoefening van dat recht.

2.5 **Samenhang binnen het (goederen)recht**

40. *Goederen- en verbintenissenrecht.* De regeling van het stil pandrecht op vorderingen is door de wetgever binnen het goederenrecht geplaatst.⁵² De wettelijke regeling van het stil pandrecht bestaat niet alleen uit de in de afdeling Pandrecht van Titel 9 van Boek 3 BW opgenomen bepalingen. Van toepassing op een stil pandrecht op een vordering zijn ook de algemene bepalingen voor rechten van pand en hypotheek van afdeling 9.1 Boek 3 BW. Tevens zijn van toepassing de bepalingen van Titel 4 Boek 3 BW (*Verkrijging en verlies van goederen*).

Omdat een pandrecht een vermogensrecht is, zijn daarop niet alleen goederenrechtelijke bepalingen van toepassing, maar ook de algemene vermogensrechtelijke bepalingen van Boek 3 BW (*Vermogensrecht in het algemeen*). Een pandrecht op een vordering op naam rust op een persoonlijk recht op een prestatie dat uitsluitend jegens de debiteur van die prestatie geldend kan worden gemaakt. De pandhouder die bevoegd wordt om de verpande vordering te innen, komt in een rechtsverhouding tot de debiteur van de verpande vordering te staan. Op deze rechtsverhouding zijn de voor die verhouding relevante bepalingen uit het Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht (Boek 6 BW) van toepassing.

41. *Samenhang binnen het vermogensrecht en met het beslagrecht.* Het is van belang om zowel bij de interpretatie van de huidige regeling van het stil pandrecht als bij voorstellen tot wijziging van die regeling voor ogen te

52 Zie over de hoofdlijnen van de wettelijke regeling hoofdstuk 3.

houden dat de regeling deel uitmaakt van een meeromvattend systeem, het systeem van het vermogensrecht, in het bijzonder het goederenrecht. De regeling van het stil pandrecht moet in dat systeem (blijven) passen. Van belang is ook dat het systeem niet fragmenteert, waardoor het systeem te complex zou worden en afgrenzingsproblemen zouden ontstaan die zouden kunnen leiden tot rechtsonzekerheid.

Voor de regeling van het stil pandrecht gaat het daarbij niet alleen om de samenhang tussen de specifiek voor (stil) pandrecht op vorderingen geldende bepalingen en de meer algemene vermogensrechtelijke bepalingen, maar ook om samenhang met de regeling van de cessie van vorderingen. Naar doel en gevolgen zijn er tussen cessie en verpanding van vorderingen enkele essentiële overeenkomsten. Zowel in geval van cessie van als in geval van de vestiging van een pandrecht op een vordering verkrijgt een ander dan de (oorspronkelijke) crediteur van de vordering een goederenrechtelijk recht op en een vermogensrechtelijk belang bij de vordering. Zowel cessie als verpanding van een vordering kan er toe leiden dat de vordering door een ander dan de (oorspronkelijke) crediteur wordt geïnd. De verschillen tussen de beide figuren mogen daarbij niet uit het oog worden verloren. Zo leidt cessie tot een overgang van een vordering van het vermogen van de cedent naar dat van de cessionaris. In geval van verpanding van een vordering blijft echter de pandgever rechthebbende van de vordering, ook indien van het pandrecht mededeling aan de debiteur van de verpande vordering is gedaan. In een aantal opzichten is dit verschil fundamenteel, zo zal hierna nog blijken.

Ook de samenhang van de regeling van het stil pandrecht met die van het beslagrecht verdient aandacht. Ook doel en gevolgen van verpanding van en van beslag op een vordering vertonen enkele essentiële overeenkomsten. Beide figuren kunnen tot gevolg hebben dat de vordering wordt geïnd door een ander dan de rechthebbende. Beide figuren strekken ertoe de schuldeiser van de eigenaar van de verpande of beslagen vordering in staat te stellen om verhaal op het geïnde te nemen. Evenals tussen verpanding en cessie bestaan ook tussen een pandrecht en een beslag op een vordering verschillen die niet uit het oog mogen worden verloren. Een fundamenteel verschil tussen een pandrecht en een beslag op een vordering is dat een beslaglegger eerst bevoegd wordt om de beslagen vordering te innen (door tussenkomst van een deurwaarder), indien hij verhaal mag nemen op de opbrengst van de beslagen vordering,⁵³ terwijl een pandhouder inningsbevoegd kan zijn voordat hij bevoegd is om

53 Zie art. 477 lid 1 jo. 704 Rv.

zijn door het pandrecht verzekerde vordering uit het geïnde te voldoen.⁵⁴ Dit verschil kan een reden zijn om een bevoegdheid die toekomt aan een inningsbevoegde beslaglegger niet te doen toekomen aan een enkel tot inning, maar nog niet tot het nemen van verhaal op het geïnde bevoegde pandhouder.⁵⁵

42. *Inpassing als opdracht.* Tot besluit van deze paragraaf zij nog opgemerkt dat men niet te lichtvaardig mag argumenteren dat een in de praktijk levende behoefte niet kan of niet moet worden gehonoreerd omdat inpassing in het systeem van ons (goederen)recht niet mogelijk zou zijn. Men dient eerst serieuze pogingen tot die inpassing te doen alvorens die conclusie te trekken. Ik onderschrijf graag de volgende woorden van Lioni:

“Daarin bestaat toch juist de taak van den rechtsdogmaticus, dat hij zijne indeeling schikt naar de stof, die hij heeft en niet andersom de stof, die het verkeer hem oplevert, naar de regelmatige verdeling van een vooropgesteld systeem.”⁵⁶

Illustratief zijn ook de fraaie betogen van W. Snijders om (te) kort samengevat nieuwe ontwikkelingen in het systeem van het vermogensrecht een plaats te bieden door een redelijke uitleg van (het stelsel van) de wet in plaats van deze bij gebrek aan een uitdrukkelijke bepaling af te wijzen.⁵⁷ Een voorbeeld is zijn suggestie om de overdracht van domeinnamen in het vermogensrecht in te passen met behulp van de figuur van de contractoverneming.⁵⁸

Het recht dient zoveel mogelijk de behoeftes van de praktijk te volgen.^{59,60} Met E.M. Meijers denk ik dat ons vermogensrecht dat ook kan:

54 Zie hierna par. 3.3.4.

55 Vgl. par. 6.3.1, waarin de inning van een vordering tot levering van een goed wordt behandeld.

56 Lioni 1885, p. 5.

57 Zie Snijders 2002, Snijders 2005 en Snijders 2007.

58 Snijders 2002 en Snijders 2005. Kritisch hierover Struycken 2007, p. 109-115. Zie ook De Jong 2006, p. 169-178, die er kort gezegd voor pleit om het gesloten systeem te handhaven, maar onder voorwaarden nieuwe voorwerpen als objecten van bestaande goederenrechtelijke rechten te erkennen. Kritiek hierop is geleverd door Struycken 2007, p. 115-118, die betwijfelt of een goederenrechtelijk recht en het voorwerp daarvan zo scherp mogen worden onderscheiden als De Jong bepleit.

59 Zo ook Uniken Venema/Zwalve 2000, p. 152. Vgl. ook Van Dijk en Van den Heuvel 2004.

60 Zie specifiek over de receptie in het recht van de door de praktijk gewenste overdracht van schuldvorderingen op naam Wiarda 1937, p. 77 e.v.

“Het remmende element voor een goede rechtsontwikkeling zit (...) maar voor een deel in de wet; het zit voor een even groot deel in ons zelf.”⁶¹

2.5.1 *Het vierde uitgangspunt: inpassing in het (goederen)recht*

43. *Inpassing als uitgangspunt.* Het vierde uitgangspunt is dat de regeling van het stil pandrecht op vorderingen zo goed mogelijk moet worden ingepast in het systeem van het recht. Bijzondere aandacht daarbij verdient het goederenrecht en de samenhang van de regeling van het stil pandrecht met de regeling van de cessie van en van het beslag op vorderingen.

2.6 Conclusie

44. *De uitgangspunten.* De conclusie van dit hoofdstuk is dat ten aanzien van (stil) pandrecht op vorderingen op naam de volgende vier uitgangspunten gelden.

1. De (stille) verpanding van vorderingen dient op ruime schaal, op eenvoudige wijze en tegen geringe kosten mogelijk te zijn.
2. In beginsel mag de juridische positie van een debiteur van een vordering door de vestiging van een pandrecht op die vordering of door het inningsbevoegd worden van de pandhouder niet noemenswaardig verslechteren.
3. Een met de inning van een verpande vordering samenhangend recht kan *met uitsluiting van de stil pandhouder* worden uitgeoefend door de pandgever. Een dergelijk recht kan met uitsluiting van de pandgever worden uitgeoefend door de *hoogst gerangschikte openbaar pandhouder* tenzij (i) de uitoefening van het recht geen beheersdaad is, (ii) de uitoefening van het recht niet uitsluitend betrekking heeft op de verpande vordering of (iii) het een persoonlijk recht van de pandgever betreft. Bestaat daartegen geen bezwaar, dan blijft ook de pandgever bevoegd tot de uitoefening van dat recht.
4. De regeling van het pandrecht op vorderingen op naam moet zo goed mogelijk worden ingepast in het rechtssysteem waarbij de samenhang met de cessie van en met het beslag op vorderingen bijzondere aandacht verdient.

61 Meijers 1954, p. 150.

KORTE SCHETS VAN HET PANDRECHT OP VORDERINGEN OP NAAM

45. *Inleiding.* Dit hoofdstuk is een korte schets van de regeling van het pandrecht zoals die luidde onder het Burgerlijk Wetboek van 1838, alsmede de regeling zoals die gold vanaf 1874. Doel van deze terugblik is een beter begrip van de huidige regeling en van de vragen die deze regeling oproept. Tevens wordt, in paragraaf 3.3, een overzicht op hoofdlijnen van de huidige regeling gegeven.

3.1 Pandrecht op vorderingen op naam in het Burgerlijk Wetboek van 1838

46. *Een summiere regeling.* Het wetboek van 1838 kende naast het pandrecht op wat wij thans roerende zaken noemen,¹ ook reeds het pandrecht op '(...)inschulden, welke op naam zijn gesteld (...)'.² Een op naam gestelde inschuld is een recht op een prestatie jegens een bepaalde, concrete schuldenaar, het recht dat wij thans een vorderingsrecht op naam noemen.³ De regeling van het pandrecht in het wetboek van 1838 was zeer summier; de regeling van het pandrecht op inschulden kende slechts één artikel:

“Art. 1198. Pandregt op inschulden, welke op naam zijn gesteld, kan niet bestaan, dan ten gevolge eener akte, van een zekere dagteekening voorzien, en aan den schuldenaar der in pand gegeven inschulden beteevend.”

47. *Een problematische regeling.* De regeling van 1838 was nogal problematisch. Reepmaker vatte de problemen die de praktijk met de regeling van het pandrecht (zowel op stoffelijke zaken als op inschulden) in het Burgerlijk Wetboek van 1838 had als volgt kernachtig samen:

1 Art. 3:2 jo 3:3 BW.

2 Art 1198 BW 1838.

3 Zie Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 32-33.

“Er is welligt geen onderwerp waar de eisen van het verkeer meer in strijd zijn met de voorschriften der wet.”⁴

De regeling plaatste de praktijk en de doctrine voor drie problemen. Het eerste probleem was, dat de pandakte van een zekere dagtekening voorzien diende te zijn. Een ‘zekere dagtekening’ vergde in de meeste gevallen een kostbare registratie van de akte.⁵

Het tweede probleem was, dat mededeling van een pandrecht op een vordering aan de schuldenaar van de vordering een constitutief vereiste was. De mededeling aan de schuldenaar was derhalve niet alleen vereist om, zoals thans, te voorkomen dat hij bevrijdend aan de schuldeiser-pandgever, een beslaglegger of faillissementscurator zou betalen, maar tevens om het pandrecht te doen ontstaan. Zoals nu de cedent in geval van openbare cessie van een vordering de rechthebbende van de vordering blijft als de mededeling van de cessie na diens faillietverklaring plaatsvindt,⁶ had de mededeling na het faillissement van de pandgever geen effect: onbezwaard rechthebbende van de vordering bleef in dat geval de pandgever.⁷ In de praktijk werden tegen het mededelingsvereiste twee bezwaren gevoeld. Men vond het ten eerste onpraktisch om steeds alle schuldenaren van verpande vorderingen van de verpanding in kennis te moeten stellen. Daarnaast werd het door pandgevers bezwaarlijk gevonden dat derden er mee bekend werden dat zij zich genoodzaakt zagen om geld (tegen onderpand) te lenen.⁸

Het derde, wellicht het grootste,⁹ probleem dat men had met de regeling van het pandrecht in art. 1198 van het Burgerlijk Wetboek van 1838 was dat onduidelijkheid bestond over de rechtspositie van de pandhouder. Zo was niet duidelijk of deze bevoegd was om de vordering te innen. Deze onduidelijkheid hing nauw samen met de moeite die men had om de figuur van een pandrecht op een vordering op naam, ook na wijziging van de wettelijke regeling in 1874,¹⁰ te doorgronden. Illustratief is de dissertatie van Lioni. Hij geeft weliswaar een fraai overzicht van de

4 Reepmaker 1873, p. 75.

5 Zie Reepmaker 1873, p. 75 en Lioni 1885, p. 189-190. Asser 1873 waardeerde het registratievereiste als zodanig positief omdat het rechtszekerheid bood, maar ageerde fel tegen de hoge kosten ervan.

6 Art. 3:94 BW jo. 35 lid 2 Fw.

7 Zie Van Creveld 1953, p. 99.

8 Vgl. Losecaat Vermeer 1928, p. 51-52.

9 In ieder geval volgens Lioni 1885, p. 221.

10 Zie hierna par. 3.2.

geschiedenis van het pandrecht op vorderingen op naam en van de met name in Duitsland daarover ontwikkelde theorieën, maar komt tot de conclusie dat geen van die theorieën voldoet en dat oplossingen gezocht moeten worden die beantwoorden aan een economisch doel vanuit algemene rechtsbeginselen. Over de rechtspositie van de pandhouder onder het toenmalige recht zwijgt hij echter bijna volledig, zodat zijn dissertatie in dat opzicht niet tot vooruitgang leidde.¹¹

De onduidelijkheid over de rechtspositie van de pandhouder die men toen, maar ook na invoering van de regeling van 1874 (zie de volgende paragraaf) ervoer, hield verband met de notie dat de pandhouder geen eigenaar van de vordering was, waaruit men nogal eens de conclusie trok dat de pandhouder niet inningsbevoegd kon zijn. Wel realiseerde men zich dat die inningsbevoegdheid zeer wenselijk was.¹² Illustratief voor de moeite die men had met het doorgronden van de figuur van een pandrecht op een vordering op naam is ook de opmerking van minister de Vries in de zitting van de Tweede Kamer van 25 april 1874 bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel dat leidde tot de wettelijke regeling van het pandrecht van 1874:

“(...) pandregt is zeker een van de moeilijkste onderwerpen van het burgerlijk regt, maar bij regeling van het pandregt is geen punt moeilijker dan het pandregt op onligchamelijke zaken”¹³

48. *Een zakelijk recht op een persoonlijk recht?*¹⁴ Een belangrijke oorzaak voor de moeite die men met een pandrecht, een vanouds zakenrechtelijke figuur, op een persoonlijk recht als een vordering op naam had, was het hybridische karakter ervan: een zakelijk recht op een persoonlijk recht. Zo zag bijvoorbeeld Land voor lichamelijke zaken heel helder dat een pandrecht een zakelijk recht diende te zijn: een pandhouder heeft, om ‘macht’ over de verpande (lichamelijke) zaak te kunnen uitoefenen, tot verhaal op de zaak te kunnen komen en een recht te hebben dat hij onafhankelijk van de pandgever kan uitoefenen, een rechtsbetrekking tot die zaak nodig.¹⁵ Een pandrecht op een vordering op naam zag Land echter als een per-

11 Zo ook Hamaker 1899, p. 11.

12 Zie Hamaker 1899, p. 8-9

13 Handelingen II 1873/74, 87, p. 1321.

14 Bij lezing van dit nummer dient men voor ogen te houden dat wat onder het oud Burgerlijk Wetboek een zaak, een zakelijk recht respectievelijk een zakenrecht heette, nu een goed, een goederenrechtelijk recht respectievelijk goederenrecht is.

15 Land 1861, p. 2, 4-5 en 6-7.

soonlijk recht.^{16,17} Hetzelfde geldt voor Lioni. Hamaker daarentegen zag een pandrecht op een vordering op naam al wel als een zakelijk recht.¹⁸

49. *Men vermeed pandrechten op vorderingen.* Gevolg van de problemen die men ondervond, was dat de praktijk zich van andere constructies dan het pandrecht op vorderingen ging bedienen teneinde een schuldeiser de mogelijkheid te bieden om zich met voorrang op een vordering van zijn schuldenaar te verhalen. Een gebruikelijke methode was verkoop en overdracht van vorderingen van een schuldenaar aan zijn schuldeiser met rechten van de schuldenaar op terugkoop en retro-overdracht.¹⁹ Een ander gevolg van het ontwijken van het pandrecht op vorderingen was dat deze rechtsfiguur zich ook door rechtspraak niet kon ontwikkelen.²⁰

3.2 De regeling van het pandrecht op vorderingen op naam van 1874

50. *Herziening, maar nauwelijks vooruitgang.* Vanwege de problemen met de regeling van het pandrecht in het wetboek van 1838 pleitte men voor wetswijziging.²¹ Bij de parlementaire behandeling van de voorstellen die uiteindelijk leidden tot de regeling van 1874 realiseerde men zich dat er duidelijkheid moest komen over de bevoegdheden van de houder van een pandrecht op een vordering op naam, in het bijzonder de bevoegdheid om de vordering te innen.²² Overeenstemming over die bevoegdheden kon tussen de regering en het parlement echter niet worden bereikt, zodat ook in de regeling van 1874²³ niet werd bepaald wat de rechtspositie van de pandhouder was.²⁴

16 Land 1861, p. 17.

17 Voor de goede orde: het is heel wel denkbaar dat de vestiging van een zekerheidsrecht op een vordering op naam, bijvoorbeeld in de vorm van een recht van voorrang, buiten het goederenrecht wordt geregeld; vgl. Zwalve 2003 en Zwalve 2006, p. 253-254. Het is de vraag of men zo een recht dan nog een pandrecht zou moeten noemen.

18 Hamaker 1875.

19 Zie bijvoorbeeld Asser 1873, p. 3 en Lioni 1885, p. 189-190.

20 Er zijn slechts enkele onder het oude recht gewezen uitspraken gepubliceerd.

21 Gememoreerd door Lioni 1885, p. 189-190.

22 Zie Lioni 1885, p. 213-217.

23 Stb. 1874, 95.

24 Vgl. Lioni 1885, p. 216-218

Ook het probleem van de mededeling als constitutief vereiste werd niet opgelost. Wat wel werd opgelost, was het probleem van de 'zekere dagtekening'. De regeling bleef zeer summier²⁵:

"Art 1199 Pandregt op onligchamelijke roerende zaken,²⁶ met uitzondering van papier aan order of aan toonder, wordt gevestigd door kennisgeving van de verpanding aan hem, tegen wien het in pand gegeven regt moet worden uitgeoefend Door dezen kan van die kennisgeving en van de toestemming des pandgevers een schriftelijk bewijs worden gevorderd "

3.3 De hoofdlijnen van de regeling van het pandrecht op vorderingen op naam in het Burgerlijk Wetboek van 1992

51. *Deze paragraaf.* In deze paragraaf wordt, ter bevordering van het overzicht, op hoofdlijnen de huidige regeling van het pandrecht op vorderingen op naam geschetst.

3.3.1 Kwalificatie en plaatsbepaling

52. *Een beperkt zekerheidsrecht.* Een pandrecht is een recht dat er toe strekt de pandhouder stoffelijk voordeel te verschaffen, zodat een pandrecht een vermogensrecht en daarmee tevens een goed is.²⁷ Een pandrecht is tevens een beperkt recht,²⁸ een recht dat is afgeleid uit een meeromvattend recht.²⁹ In geval van een pandrecht op een vordering is het meeromvattende recht de eigendom van de vordering.

Omdat een pandrecht een vermogensrecht is, zijn daarop de algemene vermogensrechtelijke bepalingen van Boek 3 BW (*Vermogensrecht in het algemeen*) van toepassing. Omdat een pandrecht een goed is, zijn op het ontstaan, de overgang en het tenietgaan ervan de bepalingen van de vierde titel van Boek 3 BW (*Verkrijging en verlies van goederen*) van toepassing, hetgeen voor de overdrachtsbepalingen in afdeling 2 van deze titel (*Overdracht van goederen en afstand van beperkte rechten*) ten overvloede is bevestigd in art. 3:98 BW.

25 Desalniettemin noemt P Scholten in zijn Algemeen Deel van de Asser-serie de Pandwet van 1874 de eerste belangrijke wijziging van het BW van 1838, zie Asser/Scholten 1974, p 178

26 Een inschuld, thans een vordering op naam genoemd, werd destijds beschouwd als een onligchamelijke roerende zaak

27 Art 3 1 en 3 6 BW

28 Art 3 227 lid 1 BW

29 Art 3 8 BW

Een pandrecht is tevens een zekerheidsrecht op een goed, een recht dat er toe strekt aan de rechthebbende de bevoegdheid te verlenen om met voorrang boven andere schuldeisers verhaal te nemen op het in zekerheid gegeven goed.³⁰ Bijgevolg zijn op pandrechten tevens van toepassing de algemene bepalingen voor de goederenrechtelijke zekerheidsrechten pand en hypotheek die zijn opgenomen in Titel 9 van Boek 3 BW (*Rechten van pand en hypotheek*).

53. *Specifieke bepalingen.* De specifiek voor pandrechten geldende bepalingen zijn opgenomen in afdeling 9.2 van Boek 3 BW (*Pandrecht*). Deze bepalingen prevaleren boven de algemene bepalingen in Boek 3 BW voor zover zij van die algemene bepalingen afwijken. Afdeling 3.9.2 bevat bepalingen die gelijkelijk gelden voor pandrechten op alle objecten die het voorwerp van een pandrecht kunnen zijn, zoals de bepaling over herverpanding van het verpande goed door de pandhouder (art. 3:242 BW). Afdeling 3.9.2 bevat tevens bepalingen die uitsluitend van toepassing zijn op pandrechten op specifieke objecten, zoals de verplichting van de houder van een pandrecht op een roerende zaak om voor de zaak als een goed pandhouder zorg te dragen (art. 3:243 lid 1 BW). Afdeling 3.9.2 bevat enkele bepalingen die specifiek gelden voor pandrechten op vorderingen op naam, zoals art. 3:239 (stil pandrecht) en art. 3:246 BW (inningsbevoegdheid).

De voor pandrechten in Titel 9 van Boek 3 BW opgenomen bepalingen blijven buiten toepassing voor zover elders in de wet daarvan afwijkende bijzondere bepalingen zijn opgenomen. Voorbeelden van dergelijke afwijkende bepalingen zijn te vinden in hoofdstuk IV, afdeling 4 van de Wet op het consumentenkrediet en in de titel Financiële zekerheidsovereenkomsten in Boek 7 BW.

3.3.2 *Het object van het pandrecht*

54. *Hoofregel: niet-registergoederen zijn vatbaar voor verpanding.* In beginsel zijn alle bestaande en toekomstige goederen³¹ die geen registergoed zijn vatbaar voor verpanding.³² Op dit beginsel bestaat een aantal uitzonderingen, zoals de bepaling dat een goed uitsluitend kan worden verpand

30 Art 3 227 lid 1 BW

31 Art 3 97 lid 1 jo 3 98 BW en art 3 228 BW Vgl HR 17 januari 2003, JOR 2003/52 m nt M H E Rongen, NJ 2004, 281 m nt HJS (Oryx/Van Eesteren)

32 Art 3 227 lid 1 BW Vgl Rank-Berenschot 1997b, p 12

indien het overdraagbaar is.³³ Een voorbeeld van een vordering op naam die niet overdraagbaar is en om die reden niet kan worden verpand, is een vordering waarvan de overdraagbaarheid door een beding tussen de schuldenaar en de schuldeiser van de vordering is uitgesloten.³⁴ Een andere voor de verpanding van vorderingen van belang zijnde uitzondering op de regel dat alle niet-registergoederen kunnen worden verpand, is de bepaling dat toekomstige vorderingen uitsluitend stil verpand kunnen worden, indien zij rechtstreeks voortvloeien uit een ten tijde van de verpanding reeds bestaande rechtsverhouding.³⁵

3.3.3 *Het ontstaan van het pandrecht*

55. *Een pandrecht ontstaat door vestiging of van rechtswege.* Voor zover een pandrecht niet van rechtswege ontstaat, ontstaat dit door vestiging. Voor de geldige vestiging van een pandrecht op een vordering gelden de volgende vereisten: een geldige titel, beschikkingsbevoegdheid van de pandgever en een vestigingshandeling.³⁶

De titel is de rechtsverhouding die het ontstaan van het pandrecht rechtvaardigt. Veelal zal de titel een overeenkomst zijn die de pandgever tot de verpanding verplicht, zoals een kredietovereenkomst waarin de pandgever en de financier overeenkomen dat tot zekerheid voor de terugbetaling van het krediet pandrechten op vorderingen van de pandgever worden gevestigd.

Het pandrecht kan op grond van een wettelijke bepaling vervangen worden door een pandrecht op een ander object. Gaat een verpand object teniet of vermindert de waarde ervan, dan bestaat de mogelijkheid dat het pandrecht van rechtswege (gedeeltelijk) wordt vervangen door een pandrecht op een vordering tot vergoeding van (de waardevermindering van) het verpande goed.³⁷ Deze substitutie van het pandrecht kan zich bij een pandrecht op een vordering ook voordoen indien de vordering wordt geïnd en een pandrecht op het geïnde komt te rusten.³⁸

Een pandrecht kan ook ontstaan als gevolg van certificering van aandelen of schuldvorderingen.³⁹

33 Art. 3:83 jo. 3:98 BW.

34 Art. 3:83 lid 2 BW en art. 3:228 BW.

35 Art. 3:239 lid 1 BW.

36 Art. 3:84 lid 1 jo. 3:98 BW.

37 Art. 3:229 BW.

38 Art. 3:246 lid 5 BW.

39 Zie art. 3:259 BW.

56. *Beschikkingsbevoegdheid*. Als hoofdregel geldt dat beschikkingsbevoegd is de pandgever die de rechthebbende is van de te verpanden vordering. Hij kan zijn beschikkingsbevoegdheid niet alleen verliezen doordat hij niet langer de rechthebbende van de vordering is, maar bijvoorbeeld ook doordat hij faillieert,⁴⁰ of door aan een derde een privaatieve last te geven.⁴¹ De beschikkingsbevoegdheid van de pandgever kan worden beperkt, bijvoorbeeld doordat hij in surseance komt te verkeren, in welk geval hij slechts tezamen met de bewindvoerder(s) beschikkingsbevoegd is.^{42,43} Uitsluitend de houder van een openbaar pandrecht kan onder voorwaarden tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever worden beschermd, zodat hij ondanks de beschikkingsonbevoegdheid toch een geldig pandrecht verkrijgt.⁴⁴

57. *Vestigingshandeling*. De voor het vestigen van een pandrecht vereiste vestigingshandeling is te vergelijken met de voor een geldige overdracht vereiste levering. Voor een openbaar pandrecht op een vordering bestaat deze vestigingshandeling uit een door de pandgever ondertekende akte waarmee de vestiging van het pandrecht beoogd is,⁴⁵ alsmede uit de mededeling door de pandgever of de pandhouder aan de debiteur van de vordering van het feit dat met betrekking tot de vordering een pandakte is opgemaakt.⁴⁶ Het pandrecht ontstaat eerst indien aan deze beide vereisten, alsmede aan de vereisten van een geldige titel en beschikkingsbevoegdheid, is voldaan.

Voor een stil pandrecht op een vordering op naam bestaat de vestigingshandeling uit een door de pandgever ondertekende, geregistreerde onderhandse of een authentieke akte. Registratie van een onderhandse akte vindt plaats bij de Inspectie der Registratie en Successie van de Belastingdienst. Als tijdstip van registratie geldt het moment waarop de akte ter registratie is aangeboden.⁴⁷ Het stille pandrecht ontstaat eerst indien de authentieke akte is opgemaakt casu quo indien de onderhandse

40 Art 23 Fw

41 Art 7:423 BW

42 Art. 228 Fw

43 Zie voor andere oorzaken van verlies of beperking van beschikkingsbevoegdheid bijvoorbeeld Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr 361

44 Art 3:239 lid 4 jo 3:88 en 3:98 BW

45 Vgl HR 29 juni 2001, JOR 2001/220, NJ 2001, 662 m nt WMK (Meijs q.q /Bank of Tokyo)

46 Art 3:94 lid 1 jo 3:98 BW

47 Zie HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 m nt WMK (Sparbank Rivierland/Gispen q q)

akte is opgemaakt én geregistreerd en aan de vereisten van een geldige titel en beschikkingsbevoegdheid is voldaan

3 3 4 Inning van een verpande vordering

58 *Inningsbevoegdheid* Zolang sprake is van een stil pandrecht, is uitsluitend de pandgever inningsbevoegd. Hij is bevoegd nakoming van de verpande vordering te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Hij is tevens bevoegd de vordering door opzegging opeisbaar te maken.⁴⁸ Zolang de pandgever inningsbevoegd is, kan de schuldenaar uitsluitend aan de pandgever bevrijdend betalen, een betaling aan de pandhouder bevrijdt hem niet van zijn verplichting tot betaling aan de pandgever. Door betaling aan de inningsbevoegde pandgever gaat de vordering teniet, met als gevolg dat ook het op de vordering rustende pandrecht tenietgaat.⁴⁹

De pandhouder is tot het doen van mededeling van het pandrecht aan de debiteur bevoegd indien de pandgever in de nakoming van zijn door het pandrecht verzekerde verplichtingen tekortschiet of hij de pandhouder goede grond geeft om te vrezen dat hij tekort zal schieten. De pandhouder en de pandgever kunnen overeenkomen dat de bevoegdheid tot het doen van mededeling op een eerder tijdstip ingaat.⁵⁰ Zijn op een vordering meerdere pandrechten gevestigd, dan is elke pandhouder tot het doen van mededeling van zijn pandrecht bevoegd. Nadat het pandrecht aan de debiteur van de verpande vordering is medegedeeld, is uitsluitend de pandhouder inningsbevoegd, tenzij de pandgever toestemming voor de inning heeft verkregen van de pandhouder of de kantonrechter.⁵¹

De inningsbevoegde pandhouder is bevoegd nakoming van de verpande vordering te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Hij is tevens bevoegd de vordering door opzegging opeisbaar te maken.⁵² Zolang de pandhouder inningsbevoegd is, kan de schuldenaar uitsluitend aan de pandhouder bevrijdend betalen, tenzij de pandgever toestemming voor de inning heeft verkregen van de pandhouder of de kantonrechter.

48 Art. 3:246 lid 1 en lid 2 BW

49 Art. 3:81 lid 2 aanhef en sub a BW. Vgl. HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder q.q./CLBN).

50 Art. 3:239 lid 3 BW

51 Art. 3:246 lid 1 en lid 4 BW

52 Art. 3:246 lid 1 en lid 2 BW. In hoofdstuk 12 wordt van een aantal andere met de inning van een verpande vordering samenhangende bevoegdheden nagegaan of deze door de inningsbevoegde pandhouder kunnen worden uitgeoefend.

Zijn er meerdere pandrechten aan de debiteur medegedeeld, dan komen deze bevoegdheden uitsluitend aan de hoogst gerangschikte openbaar pandhouder toe, aldus art. 3:246 lid 3 BW. In die bepaling is weliswaar niet expliciet opgenomen dat deze bevoegdheden uitsluitend aan de hoogst gerangschikte *openbaar* pandhouder toekomen, maar gelet op het feit dat de in lid 3 bedoelde, in lid 1 en 2 genoemde, bevoegdheden niet aan een stil pandhouder toekomen, is aannemelijk dat in lid 3 de hoogst gerangschikte *openbaar* pandhouder bedoeld is.

59. *Tenietgaan en substitutie van het pandrecht.* Een beperkt recht gaat teniet door het tenietgaan van het recht waaruit het is afgeleid.⁵³ Wordt een vordering voldaan, dan gaat deze teniet. Een pandrecht op een vordering gaat dan ook teniet doordat de vordering bevoegdelijk wordt geïnd. Wordt de vordering geïnd door de inningsbevoegde pandhouder, dan vindt substitutie plaats, waardoor een pandrecht op het geïnde komt te rusten. Ook indien de vordering op grond van een machtiging van de kantonrechter wordt geïnd door de pandgever nadat de mededeling van het pandrecht aan de debiteur is gedaan, komt door substitutie een pandrecht op het geïnde te rusten.⁵⁴

3.3.5 Verhaalsuitoefening door de pandhouder

60. *Executie of inning, gevolgd door verhaal.* Eén van de meest wezenlijke kenmerken van een pandrecht is dat de pandhouder bevoegd is om op het verpande goed verhaal te nemen als de schuldenaar in verzuim is.⁵⁵ Bestaat het object van het pandrecht uit geld, dan is de pandhouder reeds bevoegd om zich daarop te verhalen indien zijn vordering opeisbaar is.⁵⁶ Is de verpande vordering nog niet geïnd, dan kan de pandhouder, als zijn schuldenaar in verzuim is, de vordering te gelde maken doordat hij de verpande vordering verkoopt overeenkomstig de regels van executie van pandrecht in het algemeen.⁵⁷ De pandhouder kan zich vervolgens uit de opbrengst voldoen. Kan de vordering nog niet worden geïnd omdat deze niet opeisbaar is en kan de vordering niet door opzegging opeisbaar worden gemaakt, dan is de pandhouder op deze verhaalsmogelijkheid aangewezen.

--- -

53 Art. 3:81 lid 2 aanhef en sub a BW.

54 Art. 3:246 lid 5 BW.

55 Art. 3:248 lid 1 BW.

56 Art. 3:255 lid 1 BW.

57 Art. 3:248-252 BW.

Is de verpande vordering door de pandhouder geïnd, dan is hij bevoegd zich op het geïnde te verhalen zodra zijn door het pandrecht verzekerde vordering op de pandgever opeisbaar is. De pandhouder met een opeisbare vordering op de pandgever is bevoegd zich te verhalen op het geïnde door zichzelf daaruit voldoen.⁵⁸ Het eventuele surplus komt aan de pandgever toe en dient door de pandhouder aan de pandgever te worden betaald.⁵⁹ Zijn er derden, anderen dan de pandhouder en de pandgever, die rechten op de opbrengst hebben, pandhouders, beperkt gerechtigden of beslagleggers, dan dient het overschot door de pandhouder aan hen te worden uitgekeerd overeenkomstig de rechten van deze derden op dit overschot. Bestaat tussen deze derden en de pandgever geen overeenstemming over de verdeling, dan is de pandhouder verplicht het overschot te storten onder een bewaarder die voldoet aan de in art. 445 Rv gestelde vereisten, hetgeen in de praktijk zal betekenen dat het overschot op een bankrekening wordt gestort. Elk der belanghebbenden kan vervolgens om een gerechtelijke rangregeling verzoeken.⁶⁰

3.3.6 *Faillissement van de pandgever*

61. *Inning en verhaal.* Als beperkt gerechtigde heeft de pandhouder een goederenrechtelijk, absoluut werkend recht waardoor hij zijn rechten na faillietverklaring van de pandgever als separatist kan uitoefenen alsof er geen faillissement is.⁶¹ De pandhouder is ook tijdens het faillissement bevoegd de inningsbevoegdheid door mededeling op hem te doen overgaan,⁶² de vordering vervolgens te innen en op de opbrengst verhaal te nemen zoals hij daartoe ook buiten faillissement bevoegd is. Ook indien een afkoelingsperiode is afgekondigd, is de pandhouder bevoegd mededeling van zijn pandrecht te doen en de verpande vordering te innen. Hij

58 Art. 3:255 jo. 253 BW. Met 'geld' is in art. 3:255 BW niet alleen chartaal, maar ook giraal geld bedoeld; zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1340.

59 Dit vloeit reeds voort uit het gegeven dat een pandhouder geen verhaal mag nemen voor een hoger bedrag dan het bedrag van zijn vordering. Via een verwijzing naar art. 3:253 en 3:255 BW is dit in de wetsgeschiedenis bevestigd: Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1340.

60 Zie art. 3:253 BW, art. 481 e.v. Rv en art. 490 lid 1 en lid 2 Rv. Het bepaalde in deze artikelen is niet alleen van toepassing in geval van executie van een pandrecht, maar tevens in geval van inning door de pandhouder. Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1340-1341.

61 Art. 57 Fw. Zie ook Asser/Mijnssen/Van Velten/Van Mierlo 3-III 2003, nr. 55.

62 Zie HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder q.q./CLBN). Vgl. ook Rank-Berenschot 1997b, p. 59.

mag zich tijdens de afkoelingsperiode echter niet uit het geïnde voldoen.⁶³ Is het pandrecht niet medegegeeld, dan is de faillissementscurator bevoegd betalingen van de vordering in ontvangst te nemen. Evenals bij inning door de pandgever het geval is, gaat tijdens het faillissement van de pandgever de vordering teniet indien deze wordt voldaan aan de curator. Anders dan buiten faillissement behoudt de pandhouder een recht van voorrang bij de verdeling van het geïnde bedrag. De pandhouder verliest wel zijn positie van separatist, zodat hij bijdraagt aan de algemene faillissementskosten en het verbindend worden van de slotuitdelingslijst dient af te wachten alvorens op betaling aanspraak te kunnen maken. Wordt echter de stil verpande vordering giraal betaald op een bankrekening die de pandgever aanhoudt bij de pandhouder, dan mag de pandhouder hetgeen hij door die betaling schuldig wordt aan de pandgever verrekenen met zijn vordering op de pandgever als deze vordering door het (door de betaling tenietgegane) pandrecht werd verzekerd.⁶⁴

63 Art. 63b Fw jo. 490b Rv. Zie hierover par. 9.4

64 HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder q.q./CLBN). Vgl. ook Faber 2005, nr. 347-354. Meer hierover in hoofdstuk 9.

FIDUCIAIRE OVERDRACHT TOT ZEKERHEID EN STIL PANDRECHT: EEN VERGELIJKING

4.1 Inleiding

62. *Het hoe en waarom van de vergelijking.* In dit hoofdstuk wordt de fiduciaire overdracht tot zekerheid van een vordering op naam vergeleken met het stil pandrecht op een vordering op naam. Voor wat betreft de overdracht tot zekerheid wordt daarbij veelvuldig geput uit het vóór 1992 geldende recht. De reden hiervoor is dat de fiduciaire overdracht tot zekerheid in het in 1992 ingevoerde wetboek in de ban is gedaan; een titel die er toe strekt een goed tot zekerheid over te dragen is ongeldig.¹ Een andere oorzaak is dat stille cessie tot voor kort niet mogelijk was.²

Deze vergelijking dient drie doelen. De wetgever beoogde continuering onder het huidige recht van de onder het oude recht bestaande financieringspatronen. De mogelijkheden die de overdracht tot zekerheid bood moest ook de regeling van het stil pandrecht bieden.³ Het eerste doel is een beter begrip van deze bedoeling van de wetgever door de mogelijkheden die de cessie tot zekerheid onder het oude recht bood inzichtelijk te maken.

Het tweede doel is om door middel van deze deels historische vergelijking een scherper beeld van de rechtsfiguur stil pandrecht op vorderingen te krijgen. Door te zoeken naar verschillen en overeenkomsten tussen de cessie tot zekerheid en het stil pandrecht wordt getracht de mogelijkheden en wenselijkheden inzichtelijker te maken. Dit inzicht is vervolgens een hulpmiddel om in de volgende hoofdstukken een aantal onderzoeksvragen te beantwoorden.

Het derde doel is beantwoording van de vraag (in het volgende hoofdstuk) of, door afschaffing van het fiduciaverbod, aan cessie tot ze-

1 Art 3 84 lid 3 BW Art 7 55 BW maakt een uitzondering voor een overdracht ter uitvoering van een financieelzekerheidsovereenkomst

2 Door de op 1 oktober 2004 in werking getreden wijziging van art 3 94 BW (Stb 2004, 314) is cessie van een vordering zonder mededeling aan de debiteur mogelijk geworden

3 Zie Parl Gesch Boek 3 (Inv 3, 5 en 6), p 1197 en 1337

kerheid de voorkeur gegeven zou moeten worden boven het stil pandrecht, temeer nu de stille cessie tot zekerheid weer een plaats in ons recht heeft gekregen door invoering van de titel Financiële zekerheidsovereenkomsten in Boek 7 BW, of dat beide figuren een plaats in ons recht verdienen.

Dit boek gaat uitsluitend over stil pandrecht op en overdracht tot zekerheid van *vorderingen*. Met betrekking tot de overdracht tot zekerheid zal echter veelvuldig worden verwezen naar literatuur en rechtspraak die (mede) betrekking hebben op roerende zaken. De redenen hiervoor zijn dat de relevante literatuur, jurisprudentie en wetsgeschiedenis vaak uitsluitend of mede betrekking hebben op roerende zaken en dat voor een verschillende behandeling van vorderingen en roerende zaken in veel gevallen geen aanleiding is.

4.2 Overdracht tot zekerheid: de essentie

63. *Aanvankelijk: cessie ten titel van koop.* In de paragrafen 3.1-3.2 is uiteengezet dat de regeling van het pandrecht op vorderingen op naam in het oude Burgerlijk Wetboek niet voorzag in de behoeften van de praktijk. De oplossing van dat probleem is gevonden in stille cessie tot zekerheid. Aanvankelijk betwijfelde men of een cessie tot zekerheid rechtsgeldig was. De strekking van een cessie tot zekerheid zou in strijd kunnen zijn met de wettelijke regels voor het stil pandrecht. Was dit het geval, dan zou sprake zijn van een ongeoorloofde oorzaak en derhalve van een ongeldige titel, met als gevolg dat geen rechtsgeldige eigendomsoverdracht had plaatsgevonden. Om die reden werd een cessie tot zekerheid aanvankelijk vaak als een cessie ten titel van koop geconstrueerd: de schuldeiser kocht de vorderingen van zijn schuldenaar. Om aan de bedoeling van partijen te voldoen, de mogelijkheid van verhaal door de schuldeiser op de aan hem verkochte vorderingen tot het bedrag van zijn vordering op de schuldenaar, werd de koopsom bepaald op het bedrag dat de vorderingen, verminderd met de eventuele kosten van inning, zouden opbrengen.⁴

64. *Later: overdracht ten titel van zekerheid.* Toen in de rechtspraak was uitgekristalliseerd dat bij een cessie ten titel van zekerheid geen sprake

4 Zie voor een beschrijving van deze figuur bijvoorbeeld Losecaat Vermeer 1928, p. 53.

was van een ongeldige titel van overdracht,⁵ werd de cessie tot zekerheid meer en meer als zodanig vormgegeven: overeengekomen werd, dat de cessionaris zich uit de door hem terzake van de gecedeerde vorderingen ontvangen bedragen mocht voldoen en dat hij het meerdere zou afdragen aan de cedent.⁶ Zoals deze rechtsfiguur uiteindelijk een min of meer vaste vorm had gekregen kan de essentie ervan als volgt worden samengevat.⁷ Een schuldenaar en een schuldeiser kwamen overeen dat de schuldenaar geldvorderingen op zijn debiteuren tot zekerheid voor de betaling van een schuld van de schuldenaar aan de schuldeiser zou overdragen aan de schuldeiser. Door middel van cessie droeg de schuldenaar deze geldvorderingen, ongeacht de hoogte van de vordering van de schuldeiser, geheel, voor het volle bedrag van de vorderingen, over aan de schuldeiser.⁸ De cessie tot zekerheid was mogelijk zonder dat daarvan mededeling aan de debiteur van de vordering werd gedaan. Voor de geldige vestiging van een pandrecht op een vordering was mededeling daarvan aan de debiteur vereist.⁹ De levering van een vordering kon echter stil, zonder mededeling aan de debiteur, geschieden.¹⁰

65. *Overdracht onder ontbindende voorwaarde.* Aanvankelijk was het rechtskarakter van de fiduciaire eigendomsoverdracht onduidelijk. De litera-

5 Vgl. Hof Leeuwarden 26 april 1905, W 8521 (Binnerts q q / gemeente Opsterland e a), Hof Amsterdam 28 november 1919, NJ 1920, p 956 e v (Kraakman q q / Kochx en gemeente Velsen), Rb Utrecht 11 november 1925, NJ 1927, p 19 e v (Staatsen/Cremer), Rb Rotterdam 28 september 1926, NJ 1927, p 1486 e v (N V Bouwstoffen/Kok q q), Hof 's-Hertogenbosch 12 oktober 1926, NJ 1927, p 197 e v (Incasso Bank/Koessen), Rb Haarlem 8 februari 1927, W 11638 (Hensen/Spaarnebank) en Hof Amsterdam 13 mei 1927, NJ 1928, p 349 e v (Industrie- en Landbouwbank). Een enkele maal werd een cessie tot zekerheid als een verpanding uitgelegd. Rb Rotterdam 14 november 1923, W 11167 (Boon/Den Haan) en Rb Arnhem 23 juni 1927, NJ 1927, p 1270 e v (Maas en Waalsche Bank). De Hoge Raad heeft pas in 1960 geoordeeld dat bij een cessie ten titel van zekerheid sprake kan zijn van een geldige titel van overdracht. HR 17 juni 1960, NJ 1962, 60 (Helmig/Smit q q). Met betrekking tot roerende zaken oordeelde de Hoge Raad in 1929 dat bij een overdracht ten titel van zekerheid sprake kan zijn van een geldige titel. HR 25 januari 1929, NJ 1929, p 616 e v m nt PS, W 11951 m nt SB (Bierbrouwerij-arrest) en HR 21 juni 1929, NJ 1929, p 1096 e v, W 12010 m nt SB (Hakkers/Van Tilburg).

6 Zie Losecaat Vermeer 1928, p 53-54.

7 Vgl. Van Mierlo 1988, par 2.2.1-2.2.2. Zie over het ontstaan en de vormgeving van de fiduciaire eigendom tot zekerheid ook Struycken 2007, p 489-494.

8 Vgl. HR 17 juni 1960, NJ 1962, 60 (Helmig/Smit q q).

9 Zie art 668 lid 1 OBW. Zie ook hiervoor par 3.1-3.2.

10 Zie art 1199 OBW.

tuur was verdeeld. Verdedigd werd wel dat de zekerheidsoverdracht niet afweek van een gewone eigendomsoverdracht, zodat de schuldeiser eigenaar was en de schuldenaar houder voor de eigenaar-schuldeiser. Consequentie van deze opvatting was onder meer, dat voldoening van de schuld niet tot gevolg had dat de schuldenaar weer eigenaar werd, maar dat daarvoor overdracht door de schuldeiser aan de schuldenaar noodzakelijk was. Een andere opvatting was, dat de schuldenaar eigenaar van het in zekerheid overgedragen goed bleef en dat de schuldeiser een beperkt zekerheidsrecht had. Een derde opvatting was, dat een overdracht tot zekerheid een overdracht onder de ontbindende voorwaarde van betaling van de schuld was.¹¹

In het arrest *Ontvanger/Schriks* q.q. oordeelde de Hoge Raad dat een zekerheidsoverdracht werd vermoed een overdracht onder de ontbindende voorwaarde van betaling van de schuld te zijn.¹² De Hoge Raad overwoog dat een cessie tot zekerheid ook anders vorm kon worden gegeven,¹³ bijvoorbeeld doordat partijen overeenkwamen dat voldoening van de schuld uitsluitend obligatoire gevolgen had, zodat de schuldenaar pas weer eigenaar werd van de tot zekerheid overgedragen goederen door terugoverdracht door de fiduciaire eigenaar.¹⁴

Nadat de Hoge Raad het arrest *Ontvanger/Schriks* q.q. had gewezen stond vast dat, tenzij partijen anders waren overeengekomen, de schuldenaar wiens schuld voldaan was voordat de schuldeiser de overgedragen vorderingen had geïnd, weer rechthebbende werd van de overgedragen vorderingen. Hij werd dat door vervulling van de ontbindende voorwaarde waaraan het recht van de schuldeiser onderworpen was.¹⁵ Voldeed de schuldenaar niet aan zijn verplichtingen jegens de schuldeiser, dan kon deze tot inning van de aan hem overgedragen vorderingen overgaan en zich uit het geïnde voldoen. Inde hij een groter bedrag dan het bedrag dat hij van de schuldenaar te vorderen had, dan was hij gehouden dit surplus af te dragen aan de schuldenaar casu quo diens faillissementscurator. Deze verplichting vloeiende voort uit enkele arresten van de Hoge Raad waarin hij had beslist dat een fiduciair eigenaar bij het nemen van

11 Zie over deze te onderscheiden opvattingen Van Mierlo 1988, par. 2.1.1

12 Evenals thans het geval is als een eigendomsvoorbehoud is bedongen; zie art. 3:92 BW.

13 Zo ook reeds Snijders 1970, p. 30.

14 HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 m.nt. WMK (*Ontvanger/Schriks* q.q.); zie over dit arrest Reehuis 1987, nr. 324 en Van Mierlo 1988, par. 2.1.2.

15 Vgl. Scheltema 2003, par. II 6 3

verhaal zoveel mogelijk de voor verhaalsuitoefening door een hypotheek- of pandhouder geldende regels in acht diende te nemen.¹⁶

De cessie geschiedde in het vertrouwen ('fiducia') van de cedent dat de cessionaris geen verdergaand gebruik van zijn eigendomsrecht zou maken dan als zekerheid voor het door hem verstrekte krediet nodig was. Zo vertrouwde de cedent er bijvoorbeeld op dat de cessionaris de vordering niet zou innen voordat de cedent jegens de cessionaris in verzuim was.¹⁷

4.3 Stil pandrecht: de essentie

66. *Verhaal met voorrang, beperkt recht.* In 1861 verwoordde Land zeer kernachtig wat een pandrecht is:

"() pandregt is voorrang boven de andere schuldeisers op eene bepaalde zaak, benevens de daartoe noodzakelijke realisatie ()"¹⁸

Toegespitst op vorderingen en in hedendaags Nederlands: een pandrecht op een vordering is het recht van de pandhouder om zich als separatist op die vordering te verhalen, door deze te innen of te executeren, en zich met voorrang boven andere schuldeisers uit het geïnde of uit de executieopbrengst te voldoen.¹⁹

In het Burgerlijk Wetboek is aan een pandrecht de status van een beperkt recht toegekend, zodat de pandhouder een goederenrechtelijk recht heeft op het object waarop zijn pandrecht rust.²⁰ De algemene bepalingen voor de overdracht van goederen zijn van toepassing op de vestiging van beperkte rechten op goederen, tenzij daarvan in bijzondere bepalingen wordt afgeweken.²¹

67. *'Afsplitsing' van het vorderingsrecht?* In de literatuur wordt de vestiging van een beperkt recht, veelal geïnspireerd door de ontwerper van het

16 Vgl. HR 3 januari 1941, NJ 1941, 470 m nt. PS (Boerenleenbank Hazerswoude/Los) en HR 24 juni 1994, NJ 1995, 368 m nt. HJS (INB/Klutzow q q). Zie over het voorkomen van overbedeling van de zekerheidseigenaar nader de paragrafen 5.3.1.2 en 14.5.

17 Zie Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr. 468.

18 Land 1861, p. 12-13.

19 Zie art. 3:227 lid 1 BW.

20 Art. 3:227 lid 1 BW.

21 Art. 3:98 BW.

Burgerlijk Wetboek,²² wel voorgesteld als een ‘afsplitsing’ van een meer-omvattend goederenrechtelijk recht zoals een eigendomsrecht: er wordt als het ware een ‘stukje’ van een goederenrechtelijk recht overgedragen aan de verkrijger van het beperkte recht.²³ De tekst van art. 8 van Boek 3 BW bevordert deze voorstelling van zaken:

“Een beperkt recht is een recht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht (...).”

Deze voorstelling van zaken staat op gespannen voet met het aan het Burgerlijk Wetboek ten grondslag liggende uitgangspunt dat de bevoegdheden van een eigenaar een eenheid vormen die niet kan worden gesplitst: twee personen kunnen wel samen eigenaar zijn van één zaak doordat aan hen samen al de bevoegdheden van de eigenaar van die zaak toekomen en zij afspraken kunnen maken over de uitoefening van die bevoegdheden, maar zij kunnen die bevoegdheden niet met goederenrechtelijke werking over hen beiden verdelen.²⁴ Deze voorstelling van zaken is ook niet nodig om de goederenrechtelijke positie van de beperkt gerechtigde te kunnen verklaren: hij heeft die positie doordat de wet de eigenaar de mogelijkheid biedt om aan een derde rechten toe te kennen die hij niet alleen tegen de eigenaar, maar ook tegenover derden kan doen gelden. Van verkrijging van een deel van de eigendom is geen sprake.²⁵

De voorstelling dat een beperkt recht een afsplitsing van een meer omvattend (eigendoms)recht is, kan wel een hulpmiddel zijn om het wettelijke systeem te doorgronden, aangezien de bepalingen die van toepassing zijn op de overdracht grotendeels van overeenkomstige toepassing zijn op de vestiging van beperkte rechten. Zo bezien kan wel worden gesteld dat het ‘afsplitsingsmodel’ aan ons stelsel van beperkte rechten ten grondslag ligt.²⁶ Niet gerechtvaardigd is echter de conclusie dat de beperkt gerechtigde een deel van de eigendomsrechten verwerft en daar-

22 Meijers 1948, p. 280-281.

23 Vgl. Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 450. Zie voor de ontwikkeling van deze ‘afsplitsingsgedachte’, met uitgebreide literatuurverwijzingen, Rank-Berenschot 1992, par. 6.3.2-6.3.3 en Struycken 2007, p. 361-366.

24 Zie Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr. 464.

25 Zie Suijling 1940, nr. 9 en 81, Suijling 1948, nr. 61, Vriesendorp 1996, p. 106, Verhagen en Rongen 2000, par. 7.5.2, Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr. 9, Kortmann 2005 en Kortmann in zijn noot in JOR onder HR 11 maart 2005, JOR 2005/131 m.nt. SCJJK, NJ 2006, 362 m.nt. H.J. Snijders, JIN 2005/162 m.nt. A.I.M. van Mierlo, JBPr 2006/2 m.nt. AvH (Rabobank/Erven Hengstmengel c.s.).

26 Vgl. Vriesendorp 1996, p. 106 en Struycken 2007, p. 361-366.

door ten opzichte van het goed, ten opzichte van de 'eerste' eigenaar en ten opzichte van derden als gedeeltelijke eigenaar zou gelden.

Er is geen reden om voor goederen die geen zaken zijn en waarvan geen eigendom mogelijk is maar waarvan men wel rechthebbende kan zijn, zoals vorderingen op naam, van een andere voorstelling van zaken uit te gaan. Een houder van een pandrecht op een vordering op naam is derhalve geen rechthebbende van die vordering. Dat hij ten aanzien van de verpande vordering rechten heeft die hij ook jegens derden geldend kan maken, maakt hem geen rechthebbende. Rechthebbende blijft de pandgever. Dat de pandhouder zelfstandige, door hemzelf onafhankelijk van de pandgever uit te oefenen bevoegdheden verkrijgt, verandert daar niets aan. Ook het gegeven dat de pandgever nadrukkelijk met de belangen van de pandhouder rekening dient te houden, doet daar niets aan af.²⁷

De voorstelling dat de bevoegdheden van de rechthebbende tot de vordering door verpanding van de vordering als het ware worden verdeeld over de rechthebbende en de pandhouder²⁸ is nog om twee andere redenen geen juiste voorstelling van zaken. Allereerst is denkbaar dat een bepaalde bevoegdheid met betrekking tot een verpande vordering zowel door de pandgever als door de pandhouder kan worden uitgeoefend; de pandgever omdat het een bevoegdheid betreft die hem als rechthebbende toekomt en die hem door verpanding niet ontnomen wordt en de pandhouder omdat het een bevoegdheid betreft die hem in zijn hoedanigheid van (inningsbevoegde) pandhouder toekomt.²⁹ Zo acht ik, hoewel de Hoge Raad daarover anders heeft geoordeeld,³⁰ verdedigbaar dat zowel de pandgever als de pandhouder zich kunnen verzetten tegen de voorgenomen beëindiging van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de verpande vordering uit hoofde van een '403-verklaring'.³¹ Zou een bevoegdheid van een beperkt gerechtigde door afsplitsing van de eigenaar op de beperkt gerechtigde zijn overgegaan, dan zou de bevoegdheid niet langer aan de eigenaar toekomen.³²

De tweede reden waarom de voorstelling dat bevoegdheden van de rechthebbende tot de vordering door verpanding van de vordering als het

27 Zo ook Van Mierlo 1988, par. 6.2.1.

28 Zoals is betoogd door Land 1861, p. 13.

29 Zie over de mogelijkheid dat een bevoegdheid met betrekking tot een goed zowel aan de eigenaar als aan de beperkt gerechtigde toekomt De Jong 2006, nr. 18.

30 HR 28 juni 2002, JOR 2002/136 m.nt. Steef M. Bartman, NJ 2002, 447 m.nt. Ma (Akzo Nobel/ING).

31 Art. 2:403 en 404 BW; zie hierna par. 12.9.2.

32 Vgl. Struycken 2007, p. 362.

ware worden afgesplitst aan de pandhouder geen juiste voorstelling van zaken is, is dat er bevoegdheden zijn die, op grond van de wet, toekomen aan een beperkt gerechtigde, maar die vóór de vestiging van een beperkt recht niet toekwamen aan de eigenaar. Zo is de bevoegdheid van een pandhouder om het verpande goed in voorkomend geval executoriaal te verkopen geen bevoegdheid die door de vestiging van het pandrecht van de eigenaar is overgegaan op de pandhouder.³³

4.4 De verschillen tussen fiduciaire cessie en stil pand

68. *Een cessionaris is rechthebbende van de vordering, een pandhouder niet.* Het stil pandrecht en de fiduciaire zekerheidscessie vervullen dezelfde zekerheidsfunctie. Functioneel benaderd vertonen zij veel overeenkomsten. Deze functionele benadering is terug te vinden in de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin hij voor het pandrecht geschreven wetsbepalingen op de cessie tot zekerheid toepast.³⁴ Juridisch beschouwd is sprake van twee fundamenteel verschillende rechtsfiguren. Hét essentiële verschil is dat door een geldige cessie overdracht van een vordering plaatsvindt en door de vestiging van een pandrecht op een vordering niet. De cessionaris van een tot zekerheid overgedragen vordering is eigenaar van die vordering, de pandhouder is dat niet.³⁵ Dat veel regels inzake de cessie van vorderingen analoog moeten (op grond van de wet) of kunnen worden toegepast op pandrecht op vorderingen doet daaraan niet af. Ook het feit dat een pandrecht wel, door executie van de verpande vordering, tot overdracht kán leiden, doet niets af aan het gegeven dat door cessie de cessionaris rechthebbende van de vordering wordt, maar de pandhouder door verpanding niet; hij heeft 'slechts' de bevoegdheid om, als aan enkele voorwaarden is voldaan,³⁶ de vordering te innen dan wel te verkopen en zich op de opbrengst, met voorrang, te verhalen.

Veel verschillen tussen de positie van een (fiduciair) cessionaris en de houder van een (stil) pandrecht zijn terug te voeren op het gegeven dat een cessionaris rechthebbende van de vordering is en een pandhouder

33 Vgl. De Jong 2006, nr 18.

34 Vgl. HR 3 januari 1941, NJ 1941, 470 m nt. PS (Boerenleenbank Hazerswoude/Los) en HR 24 juni 1994, NJ 1995, 368 m.nt. HJS (INB/Klützow q.q.) en zie hiervóór par. 4.2.

35 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 491.

36 Zoals (gegronde vrees voor) tekortschieten van de pandgever; art 3:239 lid 3 BW.

niet Een voorbeeld discussie over de vraag of een pandhouder rechten kan ontlenen aan een ten behoeve van de schuldeisers van de debiteur van de verpande vordering afgelegde '403-verklaring',³⁷ zal met betrekking tot de cessionaris van dezelfde vordering niet ontstaan Immers de cessionaris is schuldeiser van de debiteur Een ander voorbeeld een cessionaris kan, als aan de vereisten voor een beroep op verrekening is voldaan, zijn schuld aan de debiteur van de vordering verrekenen met de gecedeerde vordering De pandhouder die niet de schuldenaar is van de verpande vordering kan zijn schuld aan de debiteur niet verrekenen met de verpande vordering, omdat aan het vereiste van wederkerig schuldenaarschap niet is voldaan³⁸

In deze paragraaf komen niet alle (mogelijke) consequenties van het gegeven dat de pandhouder geen rechthebbende van de vordering is aan bod Deze komen aan bod in de volgende hoofdstukken van dit boek voor zover dat relevant is voor de daar te behandelen vragen Wel komt hier een aantal verschillen tussen stil pandrecht en fiduciare cessie aan bod dat een rol speelt bij de beantwoording van de vraag die in hoofdstuk 5 wordt gesteld is het wenselijk om de cessie tot zekerheid weer op ruimere schaal dan thans het geval is mogelijk te maken?

4 4 1 Verhaal door crediteuren van de cessionaris casu quo de pandhouder

69 Verhaal door crediteuren van de cessionaris? Door de cessie tot zekerheid van een vordering gaat deze deel uitmaken van het vermogen van de cessionaris³⁹ Gevolg hiervan is dat deze onder een algemeen faillissementsbeslag op zijn vermogen valt en in beginsel bloot staat aan verhaal door zijn crediteuren De cedent en de cessionaris plachten onder het oude Burgerlijk Wetboek bij een eigendomsoverdracht tot zekerheid de bevoegdheden van de cessionaris, ter bescherming van de cedent, in hun overeenkomst te beperken Zo pleegden zij overeen te komen dat de cessionaris pas bevoegd was om de overgedragen vorderingen te innen en zich op de opbrengst te verhalen nadat de cedent (zijn schuldenaar) jegens hem in verzuim was geraakt Voor Meijers was het in 1936, in zijn preadvies aan de notariële broederschap, vrijwel zeker dat deze *overeengekomen* beperkingen niet aan derden, zoals de schuldeisers van de cessionaris of

37 HR 28 juni 2002, JOR 2002/136 m nt Steef M Bartman, NJ 2002, 447 m nt Ma (Akzo Nobel/ING)

38 Zie hierna par 10 3

39 Zie HR 17 juni 1960, NJ 1962, 60 (Helmig/Smit q q) en Reehuis 1987, nr 320

diens faillissementscurator, konden worden tegengeworpen. Hij nam aan dat de beperkingen van het eigendomsrecht van de cessionaris, waarmee in wezen een splitsing van de aan een eigenaar toekomende bevoegdheden over de cedent en de cessionaris werd beoogd, geen zakelijke werking hadden.⁴⁰

Later oordeelde de Hoge Raad, in het arrest Boerenleenbank Hatzerswoude/Los⁴¹ dat de voor pand en hypotheek geldende regels voor zover mogelijk ook golden voor zekerheidseigendom. De precieze reikwijdte van die gelijkstelling is niet duidelijk, maar in de na dit arrest verschenen literatuur gaat men er unaniem vanuit dat de aan een fiduciair eigendomsrecht inherente beperkingen aan derden kunnen worden tegengeworpen, ook aan de faillissementscurator van de fiduciair eigenaar en aan degenen die op het vermogen van de fiduciair eigenaar beslag hebben gelegd. Aangenomen werd dat de schuldeisers en de curator van de fiduciair eigenaar tot inning en verhaal niet bevoegd waren, zolang de fiduciair eigenaar in zijn verhouding tot de cedent niet bevoegd zou zijn om de fiduciair overgedragen vorderingen te innen. Uitsluitend in geval van wanprestatie door de schuldenaar van de zekerheidseigenaar zou een faillissementscurator of beslaglegger het in zekerheid overgedragen goed te gelde mogen maken.⁴²

70. *De ontbindende voorwaarde en het faillissement van de cessionaris.* Is de vordering overgedragen onder de ontbindende voorwaarde van betaling van de schuld van de cedent aan de cessionaris, dan zal een (faillissements)beslag ten laste van de cessionaris de cedent niet raken zolang de cessionaris of diens curator de vordering nog niet heeft geïnd. Dit valt niet (alleen) te verklaren doordat de voor de fiduciair eigenaar geldende beperkingen ook kunnen worden tegengeworpen aan een beslaglegger of faillissementscurator, maar (tevens) doordat de cedent door betaling van zijn schuld de ontbindende voorwaarde vervult waaraan de fiduciaire eigendom onderworpen is. De cedent wordt daardoor, ondanks dat de vervulling van de voorwaarde geen terugwerkende kracht heeft,⁴³ (weer)

40 Vgl. Meijers 1936, p. 258-264.

41 HR 3 januari 1941, NJ 1941, 470 m.nt. PS. Vgl. ook HR 24 juni 1994, NJ 1995, 368 m.nt. HJS (INB/Klützow q.q.).

42 Vgl. bijvoorbeeld Snijders 1970, in het bijzonder p. 32, Van Mierlo 1988, par. 3.1.2.2 en Van Hees 1997, par. 5.5 en zie voorts de aldaar door deze auteurs aangehaalde literatuur.

43 Art. 3:38 lid 2 BW.

onvoorwaardelijk rechthebbende van de vordering. De vervulling van de voorwaarde heeft goederenrechtelijke werking.⁴⁴

71. *Onbevoegde inning door de curator van de cessionaris.* Dat de aan fiduciaire eigendom verbonden beperkingen kunnen worden tegengeworpen aan derden, betekent voor tot zekerheid overgedragen vorderingen dat de curator van de cessionaris niet bevoegd is de vorderingen te innen zolang de cessionaris daartoe in zijn verhouding tot de cedent niet bevoegd zou zijn. Aannemelijk is dat de curator die tot inning overgaat voordat hij daartoe bevoegd is, het geïnde dient af te dragen aan de cedent.⁴⁵ De cedent heeft voor het onbevoegd geïnde bedrag een boedelvordering, die de curator naar mijn mening vóór alle andere boedelvorderingen moet voldoen omdat de boedel, door toevoeging daaraan van het geïnde, onge-rechtvaardigd zou worden verrijkt.⁴⁶

72. *De cessionaris is rechthebbende van het geïnde.* Wordt de vordering door de cessionaris bevoegdelijk geïnd, dan zal het geïnde deel van zijn vermogen gaan uitmaken. De cedent heeft op de cessionaris een vordering ter grootte van het geïnde. De cessionaris is bevoegd om zich ter voldoening van zijn vordering op de cedent op het geïnde te verhalen. Aannemelijk is dat deze verhaalsuitoefening, evenals het geval is als een pandhouder zijn vordering op de pandgever verhaalt op het geïnde, geschiedt zonder dat verrekening tussen de cessionaris en de cedent plaatsvindt.⁴⁷ Deze verhaalsbevoegdheid heeft de cessionaris ook ten aanzien van de opbrengst van vóór de faillietverklaring van de cedent aan hem overgedragen, maar eerst nadien aan de cessionaris betaalde vorderingen.⁴⁸

De eventuele vordering van de cedent op de cessionaris die na verhaalsuitoefening door de cessionaris resteert, is een concurrente vorde-

44 Art 338 lid 1 BW. Zie Reehuis 1987, nr 15 en 324, Van Mierlo 1988, par 622 en Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr 219 en 220a.

45 Vgl. voor het huidige recht art 636 BW.

46 Vgl. HR 5 september 1997, JOR 1997/102 m.nt. E.W.J.H. de Liagre Bohlen m.nt. N.E.D. Faber, NJ 1998, 437 (Ontvanger/Hamm q.q.), HR 7 juni 2002, JOR 2002/147 m.nt. G.A.J. Boekraad, NJ 2002, 608 m.nt. J.B.M.V. (Komdeur q.q./Nationale Nederlanden) en HR 8 juni 2007, LJN AZ4569 (Van der Werff q.q./BLG). Vgl. ook Vranken 1999, nr 19-23. Zie ook hierna par 924.

47 Vgl. nr 4 van de noot van Van Schilfgaarde onder HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171 (Van Schaik q.q./ABN AMRO). Uit dit arrest lijkt te volgen dat verhaal door de cessionaris dient te geschieden doordat hij zijn schuld aan de cedent verrekent met zijn vordering op de cedent. Met Van Schilfgaarde (t.a.p.) meen ik dat het arrest zo niet moet worden begrepen.

48 Dit volgt uit het arrest Van Schaik q.q./ABN AMRO.

ring. Wordt de cessionaris failliet verklaard nadat hij de gecedeerde vordering heeft geïnd, dan loopt de cedent het risico dat zijn vordering tot afdracht van hetgeen na verhaalsuitoefening door de cessionaris (of diens curator) resteert niet of niet geheel wordt voldaan.

73. *Vermogensafscheiding door de cessionaris?* Denkbaar is dat de cessionaris en de cedent overeenkomen dat de cessionaris het geïnde afscheidt van zijn eigen vermogen om zo de cedent te beschermen tegen verhaal op het geïnde door de schuldeisers van de cessionaris. Men zou zich zelfs op het standpunt kunnen stellen dat de cessionaris daartoe ook gehouden is zonder dat dit (uitdrukkelijk) is overeengekomen. Het is echter aannemelijk dat een cessionaris zo een vermogensscheiding niet kan bewerkstelligen door het geïnde te storten op een kwaliteitsrekening. De Hoge Raad heeft namelijk geoordeeld dat het aanhouden van een kwaliteitsrekening buiten de in de wet geregelde kwaliteitsrekeningen van notarissen en deurwaarders is voorbehouden aan beroepsgroepen die in een voor wat betreft het beheer van gelden van derden in een met die van notarissen en gerechtsdeurwaarders vergelijkbare vertrouwenspositie verkeren.⁴⁹

74. *Geen verhaal op het geïnde door de crediteuren van de pandhouder?* De pandhouder is gehouden het geïnde van zijn eigen vermogen af te scheiden, zodat dit niet aan verhaal door zijn crediteuren blootstaat. Vindt deze vermogensscheiding inderdaad plaats, dan is de pandgever beschermd tegen insolventie van de pandhouder. De aangewezen weg voor deze vermogensscheiding is storting van het geïnde op een kwaliteitsrekening. Dat vermogensscheiding door de pandhouder op deze wijze mogelijk is, is geenszins zeker; zie paragraaf 11.5.3.

4.4.2 *Beschikkingsbevoegdheid van de cessionaris casu quo de pandhouder*

75. *De cessionaris is bevoegd tot overdracht.* Door cessie van een vordering wordt de cessionaris, anders dan de pandhouder door de vestiging van een pandrecht, rechthebbende van de vordering en daardoor bevoegd om over de vordering te beschikken. Hij kan de vordering overdragen aan een derde en deze met een beperkt recht ten behoeve van een derde bezwaren. Andersluidende afspraken tussen de cedent en de cessionaris kunnen beschikkingshandelingen van de cessionaris niet verhinderen. In die zin

49 Zie HR 13 juni 2003, JOR 2003/209 m.nt. SCJJK en A. Steneker, NJ 2004, 196 m.nt. WMK (Coöperatie Beatrix/ProCall). Zie ook par. 11.5.3 en 14.4.

zijn de rechten van de cessionaris op de vordering geabstraheerd van zijn overeenkomst met de cedent. Uitsluitend voor wat betreft de titel van overdracht die deze overeenkomst oplevert, is de cessie geen van de onderliggende overeenkomst abstracte rechtshandeling.⁵⁰

76. *Ontbindende voorwaarde blijft bestaan.* Is de vordering aan de cessionaris overgedragen onder de ontbindende voorwaarde van betaling van de schuld van de cedent aan de cessionaris dan zal, afgezien van de hier niet uit te werken mogelijkheid dat de derde beschermd wordt tegen zijn onbekendheid met de ontbindende voorwaarde, overdracht/bezwarende de cedent in beginsel niet raken. De cessionaris kan aan een derde namelijk niet meer rechten overdragen dan hij zelf heeft, zodat hij slechts een vordering kan overdragen (of met een beperkt recht kan bezwaren) die (dat) aan dezelfde ontbindende voorwaarde onderworpen is. Door vervulling van deze voorwaarde wordt de cedent (weer) de onvoorwaardelijk rechthebbende van de vordering, die niet langer belast is met het eventueel door de cessionaris gevestigde beperkt recht.⁵¹

77. *De pandhouder is niet beschikkingsbevoegd.* Door (openbare) verpanding van een vordering wordt de pandhouder niet bevoegd daarover te beschikken. Wel is de pandhouder bevoegd de aan hem verpande vordering over te dragen in geval van executie van zijn pandrecht, waartoe hij bevoegd is indien de pandgever in verzuim is met de voldoening van een door het pandrecht verzekerde vordering.⁵² Daarnaast kan de pandhouder bevoegd zijn tot het vestigen van een pandrecht op de verpande vordering tot zekerheid van zijn eigen schuld aan een derde als hij met de pandgever zo een bevoegdheid tot herverpanding is overeengekomen.⁵³

4.4.3 Beschikkingsbevoegdheid van de cedent casu quo de pandgever

78. *Beschikken na overdracht onder voorwaarde?* Veel auteurs staan op het standpunt dat de cedent die een vordering heeft overgedragen onder de ontbindende voorwaarde van betaling van zijn schuld aan de cessionaris, rechthebbende is van de vordering onder de opschortende voorwaarde van betaling van die schuld. Tot zijn vermogen behoort niet alleen de verwachting dat hij (wederom) eigenaar van de vordering zal worden, maar

50 Vgl. Suijling 1936, p. 173

51 Vgl. Scheltema 2003, par. III 5.3.2

52 Zie art. 3:248 BW en vgl. Keijser 2003, p. 8

53 Art. 3:242 BW

hij behoudt een goederenrechtelijk recht op die vordering. Hij heeft niet de volle eigendom, om de reden dat ook de cessionaris rechthebbende van de vordering is, namelijk rechthebbende onder de ontbindende voorwaarde van betaling van zijn vordering op de cedent. De cedent kan zijn aan de opschortende voorwaarde onderworpen recht op de vordering overdragen en daarop een beperkt recht ten behoeve van een derde vestigen. De derde verkrijgt, afgezien van de hier niet uit te werken mogelijkheid van derdenbescherming, een recht dat aan diezelfde opschortende voorwaarde onderworpen is.⁵⁴

79. *Geen voorwaardelijke eigendom, maar voorwaardelijke titel?* Vriesendorp heeft voor de verkoop en overdracht onder eigendomsvoorbehoud verdedigd, dat de *titel* van overdracht onderworpen is aan de opschortende voorwaarde van betaling van de koopsom. Consequentie van deze opvatting is dat de koper onder eigendomsvoorbehoud na levering van de zaak geen recht op de geleverde zaak heeft zolang de opschortende voorwaarde, betaling van de koopsom, niet is vervuld. Consequentie van deze opvatting is ook dat de verkoper bevoegd blijft over de volle eigendom te beschikken zolang de voorwaarde niet is vervuld, alsmede dat de koper volledig onbevoegd is om over (een recht op) de zaak te beschikken totdat de voorwaarde is vervuld.⁵⁵ Consequentie van deze opvatting is daarnaast, dat na een overdracht onder ontbindende voorwaarde, de verkrijger volledig beschikkingsbevoegd is.⁵⁶ Vriesendorp heeft er zelf op gewezen dat onduidelijk is of zijn opvatting het toekomstige (thans geldende) recht weergeeft en in verband daarmee voorgesteld art. 3:84 lid 4 BW aan te vullen met de bepaling dat in geval van een opschortende voorwaarde het recht eerst wordt verkregen, indien de voorwaarde in vervulling treedt.⁵⁷ Het voorstel van Vriesendorp is door de wetgever niet overgenomen en heeft in de literatuur geen ingang gevonden. Het moet er voor worden gehouden dat zijn opvatting niet het thans geldende recht is.

80. *Geen eigendom onder voorwaarde, maar eigendomsverwachting?* Een opvatting die afwijkt van zowel eerstgenoemde opvatting als van de opvat-

54 Zie Faber 1997, p. 215-216, Van Hees 1997, p. 101-103, Rank-Berenschot 1992, p. 228-230, Zwitser 1993, p. 524-530, Van Swaaij 2000, p. 190-191, Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-1 2006, nr. 223, Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 411 en Scheltema 2003, par. III.4.1-4.2 en III.5.3.3.

55 Vriesendorp 1985, par. 2.6.

56 Vriesendorp 1985, p. 30.

57 Vriesendorp 1985, p. 30.

ting van Vriesendorp is verdedigd door Kortmann. Hij betoogt dat splitsing van eigendom niet in het BW past en niet de bedoeling van de wetgever geweest is. De rechthebbende van een recht onder opschortende voorwaarde zou geen eigendom hebben, maar een eigendomsverwachting.⁵⁸

Opgemerkt zij dat Kortmann t.a.p. uitsluitend de positie van de *verkrijger* van een aan een opschortende voorwaarde onderworpen recht behandelt en niet de positie van een *vervreemder* die een recht onder ontbindende voorwaarde heeft overgedragen en daardoor rechthebbende van een recht onder opschortende voorwaarde is geworden. Ik zie overigens geen argumenten om op grond van dit verschil in ontstaansgeschiedenis van rechten onder opschortende voorwaarde onderscheid in de goederenrechtelijke posities van de rechthebbenden daarvan te maken.

Ook Zwolve heeft zich gekeerd tegen de leer dat zowel de *vervreemder* als de *verkrijger* over hun voorwaardelijke eigendomsrecht kunnen beschikken. Twee personen zouden niet tot één en dezelfde zaak (beperkt) gerechtigd kunnen zijn, ook niet als hun voorwaardelijke rechten complementair aan elkaar zijn.⁵⁹

81. *De cedent en de cessionaris zijn eigenaar onder voorwaarde.* De bezwaren van Kortmann en Zwolve gelden niet, indien men zich deze splitsing zo voorstelt, dat de rechthebbende van een recht onder ontbindende voorwaarde (de cessionaris) de eigenaar is en de rechthebbende van het 'spiegelbeeldige' recht onder opschortende voorwaarde (de cedent) een beperkt gerechtigde. De cedent en de cessionaris hebben beiden een goederenrechtelijk recht, maar de volle eigendom hebben zij tezamen.⁶⁰

Van een splitsing van eigendom is dan mijns inziens geen sprake. 'Afsplitsing' van een beperkt recht van een eigendomsrecht past in het stelsel van het BW.⁶¹ Tegen goederenrechtelijke beschikking over een beperkt recht bestaan geen principiële bezwaren. Van een aantal beperkte rechten staat vast dat de overdracht daarvan of de vestiging van een beperkt recht daarop mogelijk is; vergelijk bijvoorbeeld het recht van erf-

58 Kortmann 1992, p. 199-203

59 Zwolve 2006, p. 271-272 en 309.

60 In dezelfde zin Zwitser 1993, p. 528-529, Scheltema 2003, par. III.4.2.3, Scheltema 2004, p. 675, Snijders 2006 en Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr. 220a.

61 Zo ook Scheltema 2003, par. III.4.2.4 en Scheltema 2004, p. 675.

pacht.⁶² De levering van het recht onder opschortende voorwaarde past in het wettelijk stelsel.⁶³

Aan Kortmann moet worden toegegeven dat in deze vorm van splitsing van eigendom niet expliciet in de wet is voorzien, ook niet als men deze figuur voorstelt als een 'afsplitsing' van een beperkt recht.⁶⁴ Zij past wel in het stelsel van de wet en is niet in strijd met ons gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten, nu in de wet wel de mogelijkheid is erkend dat roerende zaken onder opschortende voorwaarde worden overgedragen en ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde kunnen worden geleverd.⁶⁵ De verkrijger van zo een recht heeft niet de volle eigendom, maar wel een goederenrechtelijk recht. Tezamen met de vervreemder heeft hij de volle eigendom; de vervreemder is rechthebbende onder de spiegelbeeldige voorwaarde gebleven.

82. *De pandgever blijft beschikkingsbevoegd.* De pandgever van een vordering blijft na de vestiging van een pandrecht daarop rechthebbende van die vordering, zij het van een vordering waarop een pandrecht rust. De pandgever kan de vordering belast met het pandrecht aan een derde overdragen en met een beperkt recht, zoals een tweede pandrecht, ten behoeve van een derde bezwaren. De derde zal tegen zijn eventuele onbekendheid met het (eerste) pandrecht veelal niet beschermd worden. Art. 3:86 en 3:238 BW zijn niet van toepassing in geval van overdracht, respectievelijk verpanding van een vordering op naam. Art. 3:88 BW beschermt uitsluitend tegen beschikkingsonbevoegdheid die het gevolg is van een vroegere ongeldige overdracht. Een beroep van de derde op art. 3:36 BW tegenover de pandhouder kan hem uitsluitend baten indien hij is afgegaan op verklaringen en gedragingen van de pandhouder en niet als hij is afgegaan op verklaringen en gedragingen van de pandgever.

Opmerking verdient nog, dat art. 3:36 BW uitsluitend beschermt tegen verklaringen of gedragingen omtrent het ontstaan, bestaan of tenietgaan van een rechtsbetrekking en niet tegen het niet bestaan hebben van

62 Vgl. art. 5:91-93 BW.

63 Ook Faber 1997, p. 217-219, lijkt dit standpunt in te nemen. Hij acht het in ieder geval gewenst dat de normale leveringsvoorschriften (zoals die gelden voor een niet aan een opschortende voorwaarde onderworpen recht) op een levering van een recht onder opschortende voorwaarde van toepassing zijn.

64 Struycken 2007, p. 558, betwijfelt of een dergelijk recht naar geldend recht deel uitmaakt van ons (gesloten) goederenrecht.

65 Art. 3:92 lid 1 en 91 BW. In dezelfde zin Scheltema 2003, par. III.4.2 4 en Scheltema 2004, p. 675.

een rechtsbetrekking. Gelet op de strekking van deze bepaling, bescherming tegen door verklaringen of gedragen gewekte onjuiste veronderstellingen,⁶⁶ is mijns inziens ook bescherming van een tweede pandhouder mogelijk tegen de door verklaringen of gedragingen van de eerste pandhouder bij hem gewekte veronderstelling dat nooit een eerste pandrecht is gevestigd.

4.4.4 Afhankelijkheid van het pandrecht casu quo het eigendomsrecht

83. *Fiduciaire eigendom is geen afhankelijk recht.* Een pandrecht is een recht dat afhankelijk is van de vordering tot zekerheid waarvan het is gevestigd,⁶⁷ zodat een pandrecht bij overgang van de door het pandrecht verzekerde vordering met de vordering op de verkrijger van de vordering overgaat, en tenietgaat doordat de door het pandrecht verzekerde vordering tenietgaat.⁶⁸ In het arrest Nijverdal/Wilderink q.q. oordeelde de Hoge Raad dat een fiduciair eigendomsrecht geen afhankelijk recht is.⁶⁹ Het eigendomsrecht is naar zijn aard geen afhankelijk recht en overgang van een eigendomsrecht *doordat* het een afhankelijk recht is, zou in strijd zijn met ons gesloten systeem van wijzen waarop eigendom kan worden verkregen.⁷⁰ Gevolg hiervan is dat fiduciaire eigendom niet van rechtswege overgaat op een derde indien deze de vordering van de fiduciair eigenaar door overdracht of subrogatie verkrijgt.⁷¹

84. *Gaat zekerheidseigendom teniet door overgang van de gesecureerde vordering?* Na verkoop en overdracht van de vordering van de fiduciair eigenaar of na voldoening daarvan door een derde die in de vordering subrogeert, heeft de fiduciair eigenaar niet langer een vordering op de schuldenaar van de overgedragen vordering. De door het fiduciaire eigendomsrecht verzekerde vordering is niet tenietgegaan, maar overgegaan op een

66 Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 178

67 Art. 3:7 BW.

68 Betwijfeld wordt wel of een 'bankpandrecht' en een 'bankhypotheekrecht', alsmede pand- en hypotheekrechten voor toekomstige vorderingen, afhankelijke rechten zijn. Zie, met verdere literatuurverwijzingen, Timmerman 2002.

69 HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462 m.nt. WMK Een groot aantal auteurs was reeds voordat de Hoge Raad dit arrest wees van mening dat een fiduciair eigendomsrecht geen afhankelijk recht is. Het tegengestelde standpunt werd echter ook verdedigd. Zie voor een overzicht van de opvattingen Van Mierlo 1988, par. 2.1 3.1. Vgl. ook Out 2005, par. 1.2.2.

70 Zo ook Faber en Van Hees 1994 in hun bespreking van het arrest Nijverdal/Wilderink q.q.

71 Vgl. het arrest Nijverdal/Wilderink q.q.

derde. Of als gevolg van een en ander de ontbindende voorwaarde van betaling van de vordering van de fiduciair eigenaar is vervuld, is een kwestie van uitleg van die voorwaarde.⁷² Het is mogelijk dat deze voorwaarde zo moet worden uitgelegd, dat deze is vervuld als de fiduciair eigenaar geen vordering op de schuldenaar meer heeft. In zo een geval eindigt het fiduciaire eigendomsrecht, ook al is de verzekerde vordering niet tenietgegaan.⁷³ In het arrest Nijverdal/Wilderink q.q. overwoog de Hoge Raad dat de ontbindende voorwaarde waaronder een fiduciaire overdracht pleegt te geschieden, in beginsel zo moet worden uitgelegd.

Aannemelijk is echter dat partijen, tenzij zij uitdrukkelijk anders zijn overeengekomen, hebben bedoeld dat de voorwaarde pas is vervuld als niet alleen de fiduciair eigenaar is bevredigd, maar tevens zijn vordering is voldaan, ook indien een derde (door overdracht of subrogatie) rechthebbende van die vordering is geworden.⁷⁴ De fiduciair eigenaar blijft in dat geval eigenaar ten behoeve van de cessionaris van de verzekerde vordering. Geen regel verzet zich er tegen dat de fiduciaire eigendom en de verzekerde vordering daardoor niet langer dezelfde eigenaar hebben.

85. *Overdracht van zekerheidseigendom.* De cedent en de cessionaris van de verzekerde vordering kunnen overeenkomen dat de fiduciaire eigendom door de cedent aan de cessionaris wordt overgedragen. Evenzo kunnen de fiduciair eigenaar en degene die in de vordering subrogeert overeenkomen dat de fiduciaire eigendom aan de gesubrogeerde wordt overgedragen. Door een dergelijke overdracht komen het zekerheidsrecht en de verzekerde vordering weer in één hand.⁷⁵ De fiduciair eigenaar en de schuldenaar kunnen ook overeenkomen dat indien de vordering van de fiduciair eigenaar overgaat op een derde, hij de fiduciaire eigendom eveneens zal overdragen aan die derde.⁷⁶

72 Vgl. het arrest Nijverdal/Wilderink q.q.

73 Voor de voorwaardelijke eigendom die ontstaat door een levering onder eigendomsvoorbehoud is zulks bepaald in art. 3:92 lid 3 BW.

74 In deze zin Kortmann 1994c in zijn annotatie in AA van het arrest Nijverdal/Wilderink q.q. en Faber en Van Hees 1994 in hun bespreking van hetzelfde arrest, p 196-197.

75 Vgl. het arrest Nijverdal/Wilderink q.q.

76 Kortmann 1994c leidt dit in zijn annotatie in AA van het arrest Nijverdal/Wilderink q.q. mijns inziens terecht af uit dit arrest.

4.4.5 Inningsbevoegdheid

86. *Inningsbevoegdheid van de cessionaris en de cedent.* Is sprake van openbare cessie dan is de cessionaris van een vordering bevoegd deze te innen omdat hij de rechthebbende van de vordering is.⁷⁷ Wel kunnen cedent en cessionaris overeenkomen dat de cessionaris eerst tot inning zal overgaan indien een bepaalde voorwaarde is vervuld, bijvoorbeeld de voorwaarde dat de cedent jegens de cessionaris tekortschiet of dat de vordering van de cessionaris op de cedent opeisbaar is. Voor zekerheidscessies onder het oude recht werd, indien de cedent en de cessionaris zulks niet expliciet waren overeengekomen, aangenomen dat de cedent en de cessionaris dit stilzwijgend waren overeengekomen. Aan de bevoegdheid van de cessionaris jegens de debiteur van de vordering verandert niets door de afspraak tussen de cessionaris en de cedent dat de cessionaris zich van inning zal onthouden. De cedent en de cessionaris zullen het wenselijk vinden dat de cedent de vordering in eigen naam int zolang de cedent jegens de cessionaris niet tekortschiet. Daartoe is de cedent naar huidig recht in geval van openbare cessie slechts bevoegd indien hij middellijk vertegenwoordiger van de cessionaris is.⁷⁸

Is sprake van *stille* cessie op de voet van art. 3:94 lid 3 BW, dan is uitsluitend de cedent inningsbevoegd totdat de cessie aan de debiteur is medegedeeld. Tot de mededeling kan de debiteur uitsluitend aan de cedent bevrijdend betalen. Ook indien de schuldenaar wetenschap heeft van de cessie, kan hij slechts bevrijdend betalen aan de cedent zolang de cessie niet aan hem is medegedeeld. Betaalt de debiteur de vordering aan de cedent voordat de cessie aan hem is medegedeeld, dan zal hij ook jegens de cessionaris bevrijd zijn van zijn betalingsverplichting.⁷⁹

In de literatuur wordt met betrekking tot de stille cessie, in strijd met de wetsgeschiedenis,⁸⁰ wel een andere opvatting verdedigd. De cessionaris zou reeds vóór de mededeling inningsbevoegd zijn. Wel zou de

77 Idem Van Mierlo 1988, par. 2.2.1.2.

78 Als gevolmachtigde kan de cedent uitsluitend in naam van de cessionaris innen art. 3:60 lid 1 BW.

79 Zie Verhagen en Rongen 2003, p. 690, Kamerstukken II 2003/04, 28 878, nr. 5, p. 10-11 en Reuder 2005. Onder het oude BW gold dat de debiteur uitsluitend bevrijdend aan de cedent kon betalen zolang de cessie aan hem niet was medegedeeld en niet vaststond dat hij op een andere wijze met de cessie bekend was. Zie hierover Van Mierlo 1988, par. 4.3.2.

80 Zie de in de vorige noot genoemde vindplaats.

schuldenaar totdat de cessie aan hem is medegedeeld bevrijdend kunnen betalen aan de cedent.⁸¹

87. *Inningsbevoegdheid van de pandgever en de pandhouder.* Een pandhouder ontleent zijn eventuele inningsbevoegdheid aan de wet. Hij wordt *als pandhouder* inningsbevoegd doordat de wet hem inningsbevoegdheid verleent indien aan bepaalde vereisten is voldaan.⁸² Zolang aan die vereisten niet is voldaan, is de pandgever inningsbevoegd. De *inningsbevoegde* pandhouder is geen schuldeiser van de debiteur maar int de vordering van een ander, de pandgever.⁸³

4.4.5.1 Inning door de curator van de cedent of de pandgever

88. *De cessionaris en de pandhouder blijven inningsbevoegd.* Faillietverklaring van de cedent of de pandgever van de tot zekerheid overgedragen of verpande vordering heeft geen invloed op de inningsbevoegdheid van de openbaar cessionaris of de inningsbevoegde pandhouder. De cessionaris is eigenaar, de aan hem overgedragen vordering behoort niet tot de boedel. Ook de inningsbevoegde pandhouder blijft na het faillissement van de pandgever bevoegd de vordering te innen.⁸⁴

89. *Onbevoegde inning door de curator.* Wat heeft te gelden als de curator van de cedent casu quo de pandgever een openbaar tot zekerheid overgedragen of openbaar verpande vordering int? Int de curator een door de gefailleerde openbaar overgedragen vordering, dan is de curator gehouden het door hem geïnde af te dragen aan de cessionaris.⁸⁵

Ook als de curator een door de gefailleerde openbaar verpande vordering int, is de curator gehouden het door hem geïnde af te dragen aan de pandhouder.⁸⁶ Mijns inziens is de curator in beide gevallen gehouden het geïnde te behandelen als een preferente boedelschuld, ook wel aangeduid als een 'superboedelschuld' die onmiddellijk, met voorbijgaan aan

81 In deze zin Abendroth 2006, Biemans 2006, nr 5, Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr 269 en Van der Weijden 2007, p 579-580

82 Art 3 239 en 3 246 BW

83 Vgl Parl Gesch Boek 6, p 491, HR 28 juni 2002, JOR 2002/136 m nt Steef M Bartman, NJ 2002, 447 m nt Ma (Akzo Nobel/ING) en Rb Zutphen 7 juni 2001, JOR 2001/104 m nt NEDF (Artesia/Groothedde)

84 Hierover nader, alsmede over de positie van de stil pandhouder, par 9 2 hierna

85 Art 6 36 BW Vgl ook HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171 m nt PvS (Van Schaik q q /ABN AMRO)

86 Eveneens op grond van art 6 36 BW

de rechten van de andere boedelcrediteuren en zonder de afwikkeling van de boedel af te wachten, aan de pandhouder casu quo de cessionaris moet worden voldaan. De curator krijgt door de inning van de gecedeerde of openbaar verpande vordering een bedrag in handen dat niet in de boedel thuishoort en door toevoeging van dat bedrag aan de boedel zouden de (boedel)crediteuren ongerechtvaardigd worden verrijkt.⁸⁷

4.4.6 Conclusie: nauwe verwantschap, maar ook (grote) verschillen

90. *Zekerheidseigendom lijkt op, maar verschilt principieel van stil pand.* Tijdens de parlementaire behandeling van Titel 9 van Boek 3 BW is meerdere malen betoogd dat zekerheidseigendom in wezen hetzelfde is als stil pandrecht en dat het derhalve niet van principiële betekenis zou zijn of de wetgever voor de ene dan wel voor de andere rechtsfiguur zou kiezen.⁸⁸ Deze gedachte leidde, zij het impliciet, tot het idee dat het onwenselijk is dat pand en fiduciaire eigendom naast elkaar bestaan zodat de wetgever een keuze voor één van deze beide rechtsfiguren zou moeten maken.

De gedachte dat fiduciaire eigendom en pand niet principieel van elkaar verschillen is onjuist. Hoewel de eigendom tot zekerheid zodanig vorm kan worden gegeven, en onder het oude recht ook is gegeven, dat deze op stil pandrecht lijkt, blijven eigendom en pand verschillende figuren. Illustratief is het hiervóór besproken verschil dat een pandrecht als afhankelijk recht een verzekerde vordering bij de overgang ervan van rechtswege kan volgen en een fiduciair eigendomsrecht niet.

De wetgever heeft gekozen vóór stil pand en tegen fiduciaire eigendom. In het volgende hoofdstuk worden de overwegingen behandeld die tot deze keuze hebben geleid en wordt onderzocht of deze keuze heroverweging verdient.

87 Zie voor een nadere onderbouwing van dit standpunt hierna par 9 2 4

88 Zie bijvoorbeeld Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 701, 707, 711 en 718; anders op p. 712

OVERDRACHT TOT ZEKERHEID ÓF STIL PANDRECHT?

5.1 Inleiding

91. *Moet het fiduciaverbod worden geschrapt?* Het onderwerp van dit hoofdstuk is de vraag of de overdracht tot zekerheid op ruimere schaal dan thans het geval is mogelijk gemaakt zou moeten worden door het ‘fiduciaverbod’ (art. 3:84 lid 3 BW) te schrappen en zo ja, of afschaffing van de regeling van het stil pandrecht geboden is. Evenals het vorige hoofdstuk gaat ook dit hoofdstuk over stil pandrecht op en overdracht tot zekerheid van *vorderingen*, maar zal met betrekking tot de overdracht tot zekerheid veelvuldig worden verwezen naar literatuur en rechtspraak die (mede) betrekking hebben op roerende zaken. De redenen hiervoor zijn dat de relevante literatuur, jurisprudentie en wetsgeschiedenis vaak uitsluitend of mede betrekking hebben op roerende zaken en dat voor een verschillende behandeling van vorderingen en roerende zaken in veel gevallen geen aanleiding is.

In dit hoofdstuk wordt geen bijzondere aandacht besteed aan de vraag hoe de fiduciaire eigendomsoverdracht past in het systeem van het thans geldende Burgerlijk Wetboek. Ook vragen over de regels die naar huidig recht gelden voor fiduciaire eigendomsoverdracht, zoals de vraag of de bepalingen die gelden voor pandrecht analoog moeten worden toegepast op zekerheidsoverdracht, blijven hier in beginsel buiten beschouwing. Aandacht aan deze vragen wordt besteed in hoofdstuk 14.

5.2 Overdracht tot zekerheid: de stand van zaken

92. *Art. 3:84 lid 3 BW: twee zelfstandige normen.* E.M. Meijers, de architect van ons Burgerlijk Wetboek, had een afkeer van de eigendomsoverdracht tot zekerheid.¹ De arresten waarin de Hoge Raad de eigendomsoverdracht

1 Meijers 1936, p. 266-284.

tot zekerheid uitdrukkelijk erkende² konden hem niet vermurwen.³ Meijers zag geen enkele behoefte van de financieringspraktijk waarin niet door een pandrecht, maar wel door een eigendomsoverdracht tot zekerheid kon worden voorzien. Meijers was dan ook van mening dat een goede regeling van het pandrecht tot een verbod op iedere overdracht met als doel verschaffing van zekerheid op het over te dragen goed aan de verkrijger diende te leiden.⁴ Dit is zowel in zijn ontwerp van de tekst van lid 3 van art. 3:84 BW⁵ als in de uiteindelijke tekst tot uitdrukking gebracht.

Naast een verbod op iedere overdracht die als doel heeft verschaffing van zekerheid op het over te dragen goed aan de verkrijger, beoogden Meijers en de wetgever⁶ uitsluiting van iedere (andere) niet in de wet geregelde splitsing van de goederenrechtelijke rechten op één goed over meerdere rechtssubjecten te voorkomen. Art. 3:84 lid 3 BW bevat om die reden *twee* normen, twee *zelfstandige* gronden van ongeldigheid van een titel van overdracht. Ongeldig is een overdrachtstitel die één van de volgende twee kenmerken heeft:

1. de titel heeft ten doel een goed over te dragen tot zekerheid; of
2. de titel mist de strekking het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen.

Met de tweede norm bedoelde de wetgever een goederenrechtelijke splitsing van de rechten op een goed waarin de wet niet voorziet te voorkomen. De wetgever wilde tot uitdrukking brengen dat een dergelijke buitenwettelijke splitsing van goederenrechtelijke bevoegdheden over meerdere subjecten door het recht niet wordt erkend. Het in het leven roepen van goederenrechtelijke rechten die de wet niet kent, beoogde de wetgever op deze wijze voorkomen.⁷

Deze norm is een bevestiging van het min of meer gesloten systeem van het goederenrecht, dat ook reeds uit het stelsel van de wet en uit art. 3:81 lid 1 BW volgt.⁸ Deze bepaling leidt niet tot problemen, omdat het niet voor de hand ligt dat een rechtshandeling die (tevens) een titel van

2 HR 25 januari 1929, NJ 1929, p. 616 e v m nt PS, W 11951 m nt SB (Bierbrouwerij-arrest) en HR 21 juni 1929, NJ 1929, p. 1096 e v, W 12010 m nt SB (Hakkers/Van Tilburg)

3 Meijers 1936, p. 266-267

4 Meijers 1948, p. 285-286

5 Parl. Gesch. Boek 3, p. 316

6 Parl. Gesch. Boek 3, p. 319

7 Parl. Gesch. Boek 3, p. 319

8 Idem Kortmann 1994a, p. 20 en Heyman 1994, p. 5

overdracht is en waarbij aan de vervreemder een bepaald recht, zoals een gebruiksrecht, wordt toegekend zo uit te leggen dat partijen beogen een goederenrechtelijk recht in het leven te roepen dat de wet niet kent. Aan het in het leven roepen van verbintenisrechtelijke rechten staat deze norm niet in de weg.⁹

De norm staat evenmin in de weg aan een overdracht onder een opschortende of ontbindende voorwaarde, nu ook een overdracht onder voorwaarde door de wet wordt erkend.¹⁰ Het verbod op rechtshandelingen die een verdeling van goederenrechtelijke rechten beogen die de wet niet kent, vormt derhalve geen belemmering voor een overdracht die tot doel heeft zekerheid aan de verkrijger te verschaffen.¹¹

93. *Het verbod op zekerheidsoverdracht is problematisch.* De eerste norm, de ongeldigheid als titel van overdracht van rechtshandelingen die een overdracht tot zekerheid beogen, heeft wel tot problemen geleid. Eén probleem is dat in veel situaties waarin partijen aan overdracht de voorkeur geven boven stil pand, zoals bij leasing en factoring, de overdracht onmiskenbaar een zekerheidsoogmerk heeft.¹² Een voorbeeld van een dergelijke transactie is een 'sale and lease back', waarbij een goed wordt verkocht en overgedragen aan een leasegever die dit goed in gebruik geeft aan de eerste eigenaar, de leasener, die de investering van de leasegever in termijnen en met rente terugbetaalt. Een dergelijke transactie heeft als doel financiering van een object waarbij de financier het object als onderpand heeft.¹³

Er zijn ook transacties waarvan niet zeker is dat deze een zekerheidsoogmerk hebben. Een voorbeeld van zo een transactie is een zogenoemde repo van effecten, een transactie waarbij effecten worden verkocht en overgedragen en waarbij de koper een gelijke hoeveelheid effecten van dezelfde soort terugkoopt aan de koper met teruglevering op een later tijdstip en tegen dezelfde koopsom, vermeerderd met een rentevergoeding. Men heeft wel verdedigd dat een dergelijke transactie in wezen een financiering met als onderpand effecten is.¹⁴

9 Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 318-319. In dezelfde zin Heyman 1994, p. 5-6 en Kortmann 1994a.

10 Art. 3:84 lid 4 en art. 3:92 lid 1 BW.

11 Idem Heyman 1994, p. 6.

12 Vgl. Heyman 1994, p. 1-5.

13 Een 'sale and lease back' is een vorm van financial lease. Zie voor een beschrijving en kwalificatie van deze figuur Van Hees 1997, p. 11-20.

14 Vgl. Rank 1998a, p. 372 en 376 en Rank 1998b, p. 19. Zie voor een beschrijving van repo's Rank 1998a, p. 372-377 en Keijser 2006, p. 11-12 en 25-27.

Een ander probleem van het 'verbod' op een overdracht met een zekerheidsoogmerk is de onzekerheid over de reikwijdte van de bepaling.¹⁵ Die onzekerheid is na de invoering ervan door de wetgever en door jurisprudentie van de Hoge Raad verminderd, maar niet weggenomen.

Na de invoering van het fiduciaverbod heeft de wetgever bepaald dat dit aan de geldigheid van een overdracht ter uitvoering van een repo van effecten niet in de weg staat. In art. 2a Wte 1995 werd bepaald dat de titel van een repo van effecten niet ongeldig is op grond van het bepaalde in art. 3:84 lid 3 BW.¹⁶

In de wet tot uitvoering van de Europese Richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten¹⁷ is bepaald dat de titel van overdracht van girale geldvorderingen dan wel (vorderingen luidende in) effecten ter uitvoering van een financiëlezekerheidsovereenkomst niet ongeldig is op grond van het in art. 3:84 lid 3 BW bepaalde.¹⁸ Volgens de toelichting van de minister van Justitie is deze bepaling niet meer dan een bevestiging van het geldende recht in die zin, dat ook indien is bedongen dat een overgedragen goed op een later moment terugovergedragen zal worden wanneer aan een bepaalde voorwaarde is voldaan, de overdrachtstitel niet ongeldig is vanwege het in art. 3:84 lid 3 BW bepaalde, mits het goed na de overdracht geheel in het vermogen van de verkrijger valt.¹⁹ Een (verdere) versoepeling van het fiduciaverbod wijst de minister af.²⁰

94. *Relativering van het fiduciaverbod in het arrest Keereweert q.q./Sogelease.* Vóór de invoering van het 'repowetje' en van de Wet financiëlezekerheidsovereenkomsten had de Hoge Raad in het arrest Keereweert q.q./Sogelease²¹ het fiduciaverbod reeds in algemene bewoordingen eng geïnterpreteerd. De Hoge Raad overwoog in dat arrest over de maatstaf voor toepassing van de regel dat een rechtshandeling die ten doel heeft een goed

15 Vgl. Heyman 1994, p. 8-11

16 Deze bepaling is vervallen door het van kracht worden van Titel 2 Boek 7 BW (Financiëlezekerheidsovereenkomsten).

17 Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten (PbEG 2002, L 168/43) en Titel 2 Boek 7 BW.

18 Art. 7:55 BW.

19 Zie Kamerstukken II, 2002/03, 28 874, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 17 en Kamerstukken I, 2004/05, 28 874, nr. E (Nadere Memorie van Toelichting), p. 2 en 4-5.

20 Zie Kamerstukken I, 2004/05, 28 874, nr. E (Nadere Memorie van Toelichting), p. 14.

21 HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 m.nt. WMK.

over te dragen tot zekerheid geen geldige titel van overdracht oplevert het volgende.

“Deze maatstaf moet, voor wat betreft het element “die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid”, worden gezocht in het antwoord op de vraag of de rechtshandeling ertoe strekt de wederpartij in diër voege een zekerheidsrecht op het goed te verschaffen dat deze in zijn belangen als schuldeiser ten opzichte van andere schuldeisers wordt beschermd. De kern van een zodanige bescherming ligt naar haar aard in de bevoegdheid om zich met voorrang boven andere schuldeisers op het goed te verhalen, hetgeen de bevoegdheid tot toeëigening uitsluit. Dienovereenkomstig levert een overeenkomst die de bevoegdheden van degene aan wie het goed wordt overgedragen, in geval van wanprestatie van zijn wederpartij beperkt tot het recht het hem overgedragen goed te gelde te maken ten einde zich uit de opbrengst daarvan te bevredigen onder gehoudenheid een eventueel overschot aan zijn wederpartij ten goede te doen komen, ingevolge art. 3:84 lid 3 niet een geldige titel voor overdracht op: partijen dienen dan gebruik te maken van een (stil) pandrecht, onderscheidenlijk van hypotheek. Strekt daarentegen de rechtshandeling van partijen tot “werkelijke overdracht” (in geval van een zaak: tot eigendomsoverdracht) en heeft zij derhalve de strekking het goed zonder beperking op de verkrijger te doen overgaan - en deze aldus meer te verschaffen dan een enkel recht op het goed, dat hem in zijn belang als schuldeiser beschermt - dan staat art. 3:84 lid 3 daaraan niet in de weg.”²²

De geciteerde overwegingen van de Hoge Raad begrijp ik aldus dat een overeenkomst van overdracht die er toe strekt dat de verkrijger meer rechten krijgt dan een pandhouder (de rechten om het goed in geval van verzuim van de schuldenaar te gelde te maken en zich op de opbrengst te verhalen) in beginsel geen overdracht is die ten doel heeft het goed tot zekerheid te doen strekken.²³ De Hoge Raad motiveert zijn beperkte uitleg van het fiduciaverbod met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis.²⁴ Daarbij negeert de Hoge Raad de bedoeling van de wetgever met het fiduciaverbod voor zover dat ziet op een overdracht die beoogt de verkrijger zekerheid te verschaffen. Ik begrijp zowel de tekst van art. 3:84 lid 3 BW als de bedoeling van de wetgever aldus, dat ook een overdracht die de verkrijger meer rechten verschaft dan hij als pandhouder zou hebben in strijd is met het fiduciaverbod, indien de overdracht de verkrijger zekerheid beoogt te verschaffen voor zijn vordering op de vervreemder.²⁵ Mijns

22 R o. 3 4.3.

23 Zo ook Van Hees 1997, p. 68-70.

24 Parl. Gesch. Boek 3, p. 317 en 319.

25 Parl. Gesch. Boek 3, p. 317, 319 en 685 en Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1200.

inziens heeft de wetgever bedoeld dat daarbij irrelevant is of sprake is van een volledige overdracht waarbij de vervreemder slechts persoonlijke aanspraken op het goed heeft.²⁶

De overwegingen van de Hoge Raad over de geldigheid van een titel die ten doel heeft een goed tot zekerheid over te dragen acht ik niet dragend gemotiveerd. Dat neemt niet weg dat de conclusie geen andere kan zijn dan dat een overdracht die er toe strekt de verkrijger een onderpand te verschaffen voor zijn vordering op de vervreemder uitsluitend een geldige titel ontbeert indien hij niet meer rechten krijgt dan hij als pandhouder zou hebben, namelijk de rechten om het goed in geval van verzuim van de schuldenaar te verkopen en zijn vordering op de opbrengst te verhalen onder de gehoudenheid om het eventuele overschot van de verkoopopbrengst uit te keren aan de pandgever.²⁷

Daarbij past de kanttekening dat de Hoge Raad in het arrest Keereweer q.q./Sogelease wel heeft overwogen dat een titel van overdracht ongeldig zou kunnen zijn indien uit bijkomende omstandigheden de bedoeling zou kunnen worden afgeleid om art. 3:84 lid 3 BW te omzeilen.²⁸ Wat voor omstandigheden dat zouden kunnen zijn kan uit het arrest niet worden afgeleid. Ook in zijn later gewezen arrest B.T.L. Lease/erven Van Summeren heeft de Hoge Raad de mogelijkheid open gelaten dat een overdrachtstitel op grond van bijkomende omstandigheden ongeldig is op grond van het bepaalde in art. 3:84 lid 3 BW.²⁹ De conclusie dat de Hoge Raad zekerheidsoverdrachten op een ruim terrein toelaatbaar acht is gerechtvaardigd, maar hij laat de mogelijkheid bestaan dat hij een zekerheidsoverdracht onder omstandigheden ongeldig acht, ook als aan de verkrijger meer rechten worden verschaft dan hij als pandhouder zou hebben.³⁰

Dat de Hoge Raad deze beperkte uitleg aan het fiduciaverbod heeft gegeven is begrijpelijk. Vermoedelijk wilde de Hoge Raad volledig geaccepteerde financieringspatronen en –transacties, zoals bijvoorbeeld de

26 In vergelijkbare zin Struycken 2007, p. 502-504. Anders Heyman 1994, p. 6-8, Kortmann 1994a, p. 19 en Snijders 1990; zij hebben er t.a.p. voor gepleit iedere overdracht die niet leidt tot een buitenwettelijke goederenrechtelijke splitsing van rechten in overeenstemming met de wet te achten, ook indien deze overdracht een zekerheidsoogmerk heeft.

27 R.o. 3.4.3 van het arrest Keereweer q.q./Sogelease.

28 R.o. 3.4.4.

29 HR 18 november 2005, JOR 2006/60 m.nt. Th.A.L. Kliebisch, NJ 2006, 151 (B.T.L. Lease/erven Van Summeren). Zie in het bijzonder r.o. 3.5.2.

30 In dezelfde zin over overweging 3.4.4 van de Hoge Raad in het Sogelease-arrest Kortmann en Van Hees 1995, p. 995.

'sale and lease back' en de repo van effecten, niet onmogelijk maken. Veel van dergelijke transacties zijn immers in economische zin financierings-transacties waarbij men beoogt met de overdracht van de goederen zekerheid op die goederen aan de financier te bieden,³¹ zodat zij in strijd zijn met het in de eerste norm tot uitdrukking gebrachte doel van art. 3:84 lid 3 BW er voor zorgen dat partijen zich in dergelijk geval van een pandrecht bedienen. Om deze reden onderschrijf ik de beperkte uitleg die de Hoge Raad aan het fiduciaverbod gegeven heeft.

Opmerking verdient nog, dat de vraag of een overeenkomst van overdracht een overeenkomst is die strekt tot een werkelijke overdracht, een overdracht die de strekking heeft het goed zonder beperking op de verkrijger te doen overgaan, moet worden beantwoord door uitleg van de overeenkomst volgens de Haviltex-maatstaf.³²

95 *Conclusie relativering van het fiduciaverbod, maar nog steeds onzekerheid.* De conclusie van deze paragraaf is dat, ondanks de algemene regel van art. 3:84 lid 3 BW dat een titel die de strekking heeft dat een goed tot zekerheid wordt overgedragen ongeldig is, de fiduciaire eigendomsoverdracht door toedoen van de wetgever en de Hoge Raad ook naar huidig recht in veel gevallen geldig is. Volledige duidelijkheid over de gevallen waarin een overdrachtstitel tot zekerheid geldig is, is er echter niet.

5.3 De wenselijkheid van overdracht tot zekerheid

96 *Plan van behandeling.* In het vervolg van dit hoofdstuk wordt onderzocht of het wenselijk is dat door middel van cessie een zekerheidsrecht op een vordering op naam kan worden gevestigd. Buiten beschouwing blijft daarbij de vraag hoe 'ruim' vorderingen in zekerheid moeten kunnen worden gegeven, deze vraag kwam reeds aan bod in paragraaf 2.2.

Door E.M. Meijers is een aantal bezwaren tegen de fiduciaire overdracht aangevoerd.³³ Deze bezwaren vormden voor de wetgever de aanleiding om in art. 3:84 lid 3 BW te bepalen dat een rechtshandeling die ten doel heeft dat een goed tot zekerheid wordt overgedragen of die de strekking mist het goed na overdracht in het vermogen van de verkrijger te

31 Voor wat betreft een 'sale and lease back' is dit evident. Voor repo's is dit niet anders, zie Rank 1998a, p. 372.

32 Aldus HR 18 november 2005, JOR 2006/60 m.nt. Th.A.L. Kliebisch, NJ 2006, 151 (B.T.L. Lease/erven Van Summeren).

33 Zie Meijers 1936 en Meijers 1948, p. 282-286.

doen vallen, geen geldige titel van overdracht is. Deze bezwaren tegen fiduciaire overdracht worden geïnventariseerd en gewogen in paragraaf 5.3.1.

Vervolgens worden, in paragraaf 5.3.2, de argumenten vóór fiduciaire overdracht tot zekerheid besproken. De Nederlandse Antillen en Aruba hebben ervoor gekozen om de fiduciaire overdracht niet in de ban te doen. Deze keuze wordt besproken in paragraaf 5.4. Een conclusie wordt getrokken in paragraaf 5.5.

5.3.1 *Tegen de fiduciaire overdracht aangevoerde bezwaren*

5.3.1.1 Dogmatische zuiverheid

97 *Een scherpe scheiding tussen de vestiging van een zekerheidsrecht en overdracht?* In het verleden is er herhaaldelijk en vurig voor gepleit een cessie tot zekerheid te onderscheiden van een ‘gewone’ cessie en als een verpanding te beschouwen met als argument dat een cessie tot zekerheid kunstmatig en dogmatisch onzuiver zou zijn indien bedoeld is een zekerheidsrecht te verschaffen, nu uitgangspunt van het Burgerlijk Wetboek van 1838 is geweest dat een zekerheidsrecht op vorderingen en roerende zaken een pandrecht is.³⁴ Daar kwam bij dat men een fiduciaire eigendomsoverdracht als een splitsing van de eigendom over meerdere personen (zie hierna paragraaf 5.3.1.4) ervoer, hetgeen niet in een van oorsprong Romeinsrechtelijk, continentaal rechtstelsel als het onze zou passen.³⁵

Genoemd pleidooi voor dogmatische zuiverheid inzake cessie en verpanding van vorderingen veronderstelt dat in alle gevallen onderscheid kan worden gemaakt tussen de ene bedoeling, ‘vestiging van een zekerheidsrecht’, en de andere, overgang van eigendom.³⁶ Een dergelijk strikt onderscheid kan leiden tot afwijzing van figuren die niet in een van deze beide categorieën passen. Hierdoor ontstaat het gevaar dat op zichzelf wenselijke maatschappelijke ontwikkelingen door het recht worden afgewezen of afgeremd.

In sommige moderne financieringspatronen zijn elementen van zowel overdracht als verpanding te herkennen. Bovendien wordt soms pas na het sluiten van de overeenkomst die de titel van overdracht of ver-

34 Zie bijvoorbeeld Meijers 1936, p. 267 en Van Creveld 1953, p. 97.

35 Zie Meijers 1948, p. 282-285.

36 Zoals bijvoorbeeld Van Creveld 1953, p. 97, doet.

panding bevat duidelijk of wel of geen overdracht zal plaatsvinden. Zo is een essentieel doel van veel factoringovereenkomsten dat een krediet tegen onderpand van vorderingen wordt verleend.³⁷ Voor dat doel volstaat een pandrecht van de factormaatschappij op de betreffende vorderingen. Echter, vaak worden ook andere afspraken gemaakt, zoals de afspraak dat de factormaatschappij het risico van non-betaling overneemt. De factormaatschappij doet in dat geval een uitkering aan haar kredietnemer indien een vordering van die kredietnemer niet betaald wordt, bijvoorbeeld als gevolg van insolventie van de debiteur.³⁸ Bij dergelijke afspraken past dat de factormaatschappij op enig moment rechthebbende van de vordering wordt zodat zij ten volle over de vordering kan beschikken en bijvoorbeeld zonder medewerking van haar kredietnemer een minnelijke regeling met de debiteur van de vordering kan treffen.³⁹

Door scherp te onderscheiden tussen enerzijds een 'vol' eigendomsrecht en anderzijds een pandrecht en daarbij eigendomsrechten met enig zekerheidskenmerk in de ban te doen, beperkt men de ruimte voor dergelijke tussenvormen. Zo zal de titel van overdracht uit een overeenkomst tot overdracht van vorderingen aan een factormaatschappij waarbij bedongen wordt dat de factormaatschappij het surplus van het door haar bij de debiteuren geïnde zal betalen aan haar cliënt, afhankelijk van de overige afspraken die worden gemaakt, in strijd kunnen zijn met het fiduciaverbod. In veel gevallen zal het echter redelijk zijn dat een surplus aan de zekerheidsgever wordt uitgekeerd. De zekerheidseigenaar zal tot uitkering van een dergelijk surplus, ook zonder dat zulks expliciet overeengekomen is, zelfs gehouden kunnen zijn op grond van de redelijkheid en billijkheid of omdat hij door het surplus niet uit te keren ongerechtvaardigd zou worden verrijkt.⁴⁰ Een scherp onderscheid tussen 'echte overdracht' en verpanding past niet steeds in de maatschappelijke werkelijkheid.

5.3.1.2 Overbedeling van de fiduciair eigenaar

98. *Toeigening, afdracht van een surplus.* Een ander bezwaar dat tegen eigendomsoverdracht tot zekerheid is aangevoerd, is dat de fiduciaire

37 Vgl. Beuving 1996, p. 13-14 en 24-27.

38 Vgl. Beuving 1996, p. 13-14, 18 en 20-24.

39 De pandhouder kan de pandgever niet eenzijdig binden aan een door hem met de debiteur getroffen minnelijke regeling, zie par. 13.5 hierna.

40 Zie over dit aspect van het arrest Keerweer q q /Sogelease Kortmann en Van Hees 1995, p. 995-996.

eigenaar meer bevoegdheden krijgt dan hij in het kader van zekerheidsverschaffing nodig heeft.⁴¹ Zo zou hij de 'overwaarde' van de aan hem tot zekerheid overgedragen goederen in beginsel kunnen behouden: verkoopt hij de goederen waarvan hij eigenaar of rechthebbende is, of int hij de aan hem overgedragen geldvorderingen, dan zou hij de opbrengst mogen behouden, ook indien deze hoger is dan de vordering tot zekerheid waarvan de goederen aan hem waren overgedragen.⁴²

Een pand- of hypotheekhouder is daarentegen, afgezien van rechten van derden op de opbrengst,⁴³ gehouden een surplus uit te keren aan de pand- of hypotheekgever.⁴⁴ Tevens is een beding waarbij aan de pand- of hypotheekhouder het recht van toeëigening van het verbonden goed wordt toegekend nietig: art. 3:235 BW.⁴⁵ De ratio van deze regels is overbedeling van de zekerheidsnemer door een vermogensverschuiving van de zekerheidsgever naar de zekerheidsnemer te voorkomen.⁴⁶

99. *Oud recht: correctie in de rechtspraak.* Onder het oude recht is de overbedeling waartoe fiduciaire eigendom kon leiden gecorrigeerd in de rechtspraak van de Hoge Raad. Op grond van die rechtspraak was de fiduciair eigenaar verplicht bij het nemen van verhaal de voor verhaalsuitoefening door een pandhouder geldende regels zoveel mogelijk in acht te nemen.⁴⁷ Zolang zijn schuldenaar nog niet in verzuim was, kon de fiduciair eigenaar niet rechtsgeldig bedingen dat hij het in zekerheid gegeven goed mocht behouden. Hij diende dit te gelde te maken en het surplus aan de zekerheidsgever of diens curator uit te keren.⁴⁸

100. *Correctie in de wet.* Voor het huidige recht geldt dat in geval van ontbinding van een huurkoopovereenkomst wegens niet-nakoming door de huurkoper, het eventuele voordeel van de huurverkoper dat deze door de

41 Vgl Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr 468

42 Zie voor een vroeg voorbeeld van dit bezwaar Tydeman 1873, p 96. Zie voor een later voorbeeld Van Nierop 1928, p 34, die mede om deze reden pleitte voor de mogelijkheid van stille verpanding.

43 Zoals andere pand- of hypotheekhouders of beslagleggers.

44 Zie voor het huidige recht voor wat betreft (de door inning verkregen opbrengst van) een pandrecht op een vordering art 3:246 lid 5, art 3:255 en art 3:253 lid 1 BW.

45 Art 1200 OBW.

46 Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr 519.

47 Vgl HR 3 januari 1941, NJ 1941, 470 m nt PS (Boerenleenbank Hazerswoude/Los) en HR 24 juni 1994, NJ 1995, 368 m nt HJS (INB/Klutzow q q).

48 Zie bijvoorbeeld Reehuis 1987, nr 3, Van Mierlo 1988, par 4.3.13-4.3.2 en Kortmann en Van Hees 1995, p 994-995.

ontbinding heeft, aan de huurkoper toevalt.⁴⁹ In de wet tot uitvoering van de Europese Richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten⁵⁰ is bepaald dat een houder van een pandrecht op effecten zich deze effecten mag toeëigenen⁵¹ indien (i) de titel van de vestiging van het pandrecht een financiëlezekerheidsovereenkomst is;⁵² (ii) de pandhouder bevoegd is tot executie van zijn pandrecht over te gaan;⁵³ (iii) de toeëigening in de financiëlezekerheidsovereenkomst is bedongen;⁵⁴ (iv) de waardering van de effecten is gebaseerd op de waarde op een markt of ter beurze;⁵⁵ en (v) hij de 'overwaarde' uitkeert aan de pandgever.⁵⁶ Met de twee laatstgenoemde vereisten is beoogd overbedeling van de pandhouder (na de toeëigening; (zekerheids)eigenaar) te voorkomen.⁵⁷

Overbedeling kan worden tegengegaan door middel van een toeëigeningsverbod en de regel dat een surplus aan de zekerheidsgever moet worden uitgekeerd. Een eventuele overwaarde komt dan niet aan de zekerheidsgerechtigde, maar aan de zekerheidsgever toe. Het risico van overbedeling van een fiduciair cessionaris is als zodanig dan ook onvoldoende reden om cessie tot zekerheid af te wijzen. In hoofdstuk 14 wordt onderzocht of, en zo ja hoe, bescherming van de cedent tegen overbedeling van de cessionaris geboden is indien het fiduciaerverbod wordt geschrapt.

-
- 49 Art 7A 1576t BW Vgl ook art 7 van de 'Richtlijn Consumentenkrediet' (Richtlijn nr 87/102/EEG van de Raad van 22 december 1986 (PbEG 1987, L 42/48), zoals laatstelijk gewijzigd bij richtlijn nr 98/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 (PbEG 1998, L 101/17)), waarin is bepaald dat bij terugname van goederen door een kredietgever de afrekening zodanig dient te geschieden dat de terugnemning niet leidt tot ongerechtvaardigde verrijking van de kredietgever
- 50 Richtlijn nr 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten (PbEG 2002, L 168/43) en Titel 2 Boek 7 BW
- 51 Art 7:54 lid 3 BW
- 52 Art 7:52 BW
- 53 Art 7:54 lid 1 BW
- 54 Art 7:54 lid 3 BW
- 55 Art 7:54 lid 3 BW
- 56 Art 7:54 aanhef en sub a BW
- 57 Dit blijkt uit de wetsgeschiedenis. Zie Kamerstukken II 2002/03, 28 874, nr 3 (Memorie van Toelichting), p 16-17 en Kamerstukken I 2004/05, 28 874, nr E (Nadere Memorie van Antwoord), p 15 en 16. Opgemerkt zij dat de wet geen bepalingen bevat die beogen overbedeling van de zekerheidseigenaar te voorkomen indien ter uitvoering van een financiëlezekerheidsovereenkomst geen pandrecht op effecten wordt gevestigd, maar deze tot zekerheid in eigendom worden overgedragen. Zie ook hierna par 14.5

101. *Correctie van overbedeling naar geldend recht?* Opmerking verdient nog dat het arrest Keereweer q.q./Sogelease⁵⁸ partijen de ruimte laat om de zekerheidseigenaar meer rechten te geven dan hij voor verhaalsuitoefening nodig heeft. Dit biedt partijen mogelijk de ruimte om rechtsgeldig overeen te komen dat de zekerheidseigenaar niet de voor pand en hypotheek geldende verhaalsregels hoeft te volgen.⁵⁹ Onduidelijk is of een zekerheidseigenaar een na zijn verhaalsuitoefening resterend surplus naar geldend recht moet afdragen aan de zekerheidsgever.⁶⁰ Zij zouden wellicht ook kunnen overeenkomen dat een na verkoop resterend surplus niet aan de zekerheidsgever hoeft te worden uitgekeerd.

5.3.1.3 Gebrek aan openbaarheid

102. *Een achterhaald argument.* Eén van de bezwaren van Meijers tegen de eigendomsoverdracht tot zekerheid was dat een dergelijke overdracht voor derden niet kenbaar was, zodat zij een verkeerde (te rooskleurige) indruk van de vermogenstoestand van hun debiteur zouden kunnen krijgen.⁶¹ Overwogen is dan ook om stille verpanding niet of slechts op beperkte schaal mogelijk te maken. Aan het bij de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek overwogen alternatief van een registerpandrecht kleefden, zo blijkt uit de uitgebreide parlementaire gedachtewisseling hierover, teveel nadelen om dit in te voeren en van het stil pandrecht af te zien.⁶² Meer recent vond de wetgever gebrek aan openbaarheid geen reden om de stille cessie niet opnieuw mogelijk te maken.⁶³ Het gebrek aan openbaarheid van het stil pandrecht lijkt na de invoering ervan nauwelijks op bezwaren gestuit te zijn. De conclusie is gerechtvaardigd dat gebrek aan openbaarheid geen grond meer is om de overdracht tot zekerheid af te wijzen.

5.3.1.4 Onduidelijkheid over goederenrechtelijke posities

103. *Voorwaardelijke eigendom past in het BW.* Een ander bezwaar dat tegen de fiduciaire eigendomsoverdracht is aangevoerd, is de splitsing

58 HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 m nt WMK

59 Zie nr 5 van de NJ-noot van Kleijn onder het arrest alsmede Kortmann en Van Hees 1995, p. 994-995

60 In dezelfde zin Verstijlen 2006b, nr 58-59 en Struycken 2007, p 507-508

61 Meijers 1936, p 272-282

62 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p 685-725

63 Art. 3:94 lid 3 BW

van eigendom over meerdere subjecten die van een fiduciaire eigendoms-overdracht het gevolg zou zijn. De zekerheidsgever behoudt een voorwaardelijk eigendomsrecht op het door hem overgedragen goed. Gevolg zou een verdeling van de eigendom over twee subjecten zijn. Een overdracht waarbij niet alle aan een eigenaar toekomende bevoegdheden met betrekking tot het goed overgingen op de verkrijger werd ongewenst geacht, vanwege de onduidelijkheid over goederenrechtelijke posities die zou kunnen ontstaan.⁶⁴

Opmerking verdient dat een eigendomsoverdracht onder voorwaarde niet als een splitsing van eigendom gezien hoeft te worden, maar ook zo kan worden voorgesteld dat de 'eigenaar onder opschortende voorwaarde' geen eigenaar is, maar een positie heeft die vergelijkbaar is met die van een beperkt gerechtigde; zie paragraaf 4.4.3. Daar is tevens uiteengezet waarom een dergelijke 'eigendomssplitsing' mijns inziens niet bezwaarlijk is. Hier volstaat een verwijzing naar hetgeen hierover in die paragraaf is gezegd.

De wetgever van het huidig BW lijkt tegen handhaving van de figuur van eigendom onder voorwaarde geen bezwaar te hebben gehad, getuige de mogelijkheid van overdracht onder voorwaarde⁶⁵ en de regeling van de overdracht onder eigendomsvoorbehoud.⁶⁶ Van een onduidelijke verdeling van de aan een eigenaar toekomende bevoegdheden is in geval van eigendom onder voorwaarde geen sprake, als men met mij aanneemt dat de beide 'eigenaars' elk volledig bevoegd zijn om over hun aan een voorwaarde onderworpen recht te beschikken; zie paragraaf 4.4.3.

5.3.1.5 Geen behoefte meer aan overdracht tot zekerheid

104. *Stil pand bevredegt niet alle behoeften.* Meijers zag, afgezien van de bezwaren die uit de regeling van het pandrecht in het wetboek van 1838 voortvloeiden, geen materieel verschil tussen pandrecht en eigendoms-overdracht tot zekerheid.⁶⁷ Hij vond dan ook dat de wetgever tussen de beide figuren een keuze diende te maken.⁶⁸ Tijdens de parlementaire behandeling van titel 9 van Boek 3 BW is betoogd dat aan eigendoms-overdracht tot zekerheid geen behoefte meer zou bestaan, indien stille

64 Zie, met verdere verwijzingen, Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 194. Vgl. ook par. 4.4.3 hiervóór.

65 Art. 3:84 lid 4 BW

66 Art. 3:92 BW.

67 Meijers 1936, p. 267.

68 Meijers 1948, p. 285-286.

verpanding mogelijk gemaakt zou zijn.⁶⁹ Die behoefte is er in de praktijk echter wel zijn, zo zal blijken in paragraaf 5.3.2.1.

5.3.2 Argumenten vóór overdracht tot zekerheid

5.3.2.1 Behoeft van de praktijk

105. *Er zijn situaties waarin stil pand voldoet.* In die gevallen waarin een recht op een vordering uitsluitend een zekerheidsfunctie heeft en van een internationale dimensie geen sprake is,⁷⁰ voldoet een (stil) pandrecht op een vordering. Dit is het geval bij de meeste 'klassieke' financieringen zoals een door een bank verstrekt krediet in rekening-courant. In dat geval voldoet het stil pandrecht omdat deze figuur beantwoordt aan het doel dat de zekerheidsnemer en de zekerheidsgever met de vestiging van een zekerheidsrecht hebben: verhaal met voorrang door de zekerheidsnemer indien de zekerheidsgever in verzuim is. Partijen beogen in een dergelijke situatie geen verdergaande bemoeienis van de kredietgever met de debiteuren van de in zekerheid gegeven vorderingen. De zekerheidsnemer zal zich pas tot de debiteuren wenden als de zekerheidsgever jegens hem in verzuim is of dreigt te geraken. Tot dat moment zal zijn betrokkenheid bij de vorderingen en de debiteuren daarvan beperkt blijven tot een beoordeling van de omvang en de kwaliteit van de vorderingen. Aan verdergaande bevoegdheden dan de bevoegdheid om de vorderingen hetzij executoriaal te verkopen, hetzij te innen en zich op de opbrengst of het geïnde te kunnen verhalen, heeft de financier in dergelijke situaties geen behoefte.⁷¹

106. *In sommige situaties is overdracht tot zekerheid het aangewezen middel.* Er zijn heden ten dage echter ook financiële transacties waarbij de ene partij niet alleen beoogt om de andere partij (een financier) rechten op vorderingen te verschaffen die een zekerheidsfunctie vervullen, maar tevens beoogt om die partij in staat te stellen om over de betreffende vorderingen te kunnen beschikken. Een financier kan daardoor de vorderingen 'hergebruiken', liquide maken, door deze te verkopen en over te dragen of daarop een zekerheidsrecht te vestigen. Dergelijk hergebruik van vorderingen

69 Parl. Gesch. Boek 3, p. 688.

70 Zie hierna par. 5.3.2.3.

71 Vgl. Keijser 2006, p. 131-133.

vervult een economische functie. Om die reden verdient deze behoefte van de praktijk erkenning en dient daarin te worden voorzien.⁷²

Zowel de Europese als de Nederlandse wetgever hebben aan deze behoefte tegemoet willen komen voor wat betreft giraal geld en effecten. De Europese wetgever door de Richtlijn betreffende financiëlezekerheids-overeenkomsten⁷³ en de nationale wetgever door de invoering, ter uitvoering van deze richtlijn, van Titel 2 (Financiëlezekerheidsovereenkomsten) van Boek 7 BW. De Nederlandse wetgever heeft (in art. 7:55 BW) de overdracht tot zekerheid van 'giraal geld' en effecten gesanctioneerd door te bepalen dat art. 3:84 lid 3 BW niet van toepassing is op een overdracht ter uitvoering van een financiëlezekerheidsovereenkomst. Daarnaast heeft hij (in art. 7:53 BW) de mogelijkheid gecreëerd dat een pandgever aan een pandhouder de bevoegdheid geeft om, in goederenrechtelijke zin, over verpand 'giraal geld' of verpande effecten te beschikken.⁷⁴

In de praktijk zal niet alleen met betrekking tot giraal geld of effecten, maar ook met betrekking tot andere vorderingen de gerechtvaardigde behoefte kunnen bestaan om aan een derde rechten op vorderingen te verschaffen die niet alleen een zekerheidsfunctie vervullen, maar waarmee partijen tevens beogen aan de verkrijger het recht te verschaffen om over de vorderingen te kunnen beschikken. Bij bijvoorbeeld factoring komt het, afhankelijk van wat partijen overeenkomen, voor dat de factormaatschappij het debiteurenrisico van de zekerheidsgever overneemt.⁷⁵ Het is begrijpelijk dat de factormaatschappij in dat geval ook een zo volledig mogelijke zeggenschap over de in zekerheid gegeven vorderingen wenst te hebben en zich ten opzichte van zowel de debiteuren als ten opzichte van derden als eigenaar wil kunnen presenteren. Bij zo een situatie past ook dat de zekerheidsnemer rechthebbende van de vorderingen is, een positie die hij niet door verpanding, maar wel door cessie kan verwerven. Hij heeft dan bijvoorbeeld de mogelijkheid om een geschil met de debiteur van een vordering te doen eindigen door met hem een minnelijke regeling te treffen.⁷⁶

Denkbaar is weliswaar dat de zekerheidsnemer als lasthebber of gevolmachtigde van de kredietnemer een dergelijke bevoegdheid heeft of kan uitoefenen, maar de positie die hij op die wijze kan verwerven, is min-

72 Vgl. Keijser 2006, p. 16-20.

73 Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financieelzekerheidsovereenkomsten (PbEG 2002, L 168/43).

74 Zie art. 7:55, respectievelijk 7:53 BW.

75 Vgl. Beuving 1996, p. 13-14 en 18.

76 De pandhouder is niet bevoegd om de pandgever eenzijdig te binden aan een door hem met de debiteur getroffen minnelijke regeling, vgl. hierna par. 13.5

der sterk dan de positie die hij als rechthebbende zou hebben.⁷⁷ Denkbaar is ook dat de wetgever, ook als art. 7:53 BW niet van toepassing is, de mogelijkheid schept dat een pandgever aan een pandhouder de bevoegdheid verleent om (anders dan in geval van executie) over in pand gegeven vorderingen als rechthebbende te beschikken. Met Keijser meen ik echter dat niet een pandrecht maar een overdracht het uitgelezen middel is om deze beschikkingsbevoegdheid te verschaffen, ook als het recht van de verkrijger van de vorderingen naast de functie van hergebruik tevens een zekerheidsfunctie vervult.⁷⁸

107. *Onzekerheid in de praktijk, ondanks de relativering van het fiduciaverbod.* Het is aannemelijk dat een overdracht tot zekerheid onder het huidige recht zo vorm gegeven kan worden dat deze niet ongeldig is om de reden dat de titel nietig is op grond van het in art. 3:84 lid 3 BW bepaalde.⁷⁹ Toch wordt in geval van factoring vanwege vrees voor het fiduciaverbod gewerkt met stil pandrecht en wordt de vordering pas verkocht en gece-deerd aan de factormaatschappij indien voldaan is aan de voorwaarden die de cliënt aanspraak geven op het bedrag waarvoor het risico van non-betaling door de factormaatschappij is overgenomen.⁸⁰ In de factoring-praktijk bedient men zich met betrekking tot hetzelfde pakket aan vorde-ringen bijgevolg vaak zowel van stil pandrecht als van overdracht.⁸¹ Zou cessie tot zekerheid mogelijk zijn, dan zou dat factoring juridisch eenvoudiger maken. Het op ruimere schaal dan thans het geval is mogelijk maken van cessie tot zekerheid schept ook ruimte voor de ontwikkeling, in de praktijk, van nieuwe financieringsvormen.

Geschiedt de overdracht ter uitvoering van een financiëlezekerheidsovereenkomst, dan hoeven partijen voor ongeldigheid van de overdracht wegens strijd met het fiduciaverbod niet te vrezen.⁸² Anders is dit indien partijen geen financiëlezekerheidsovereenkomst willen of kunnen sluiten, bijvoorbeeld omdat de over te dragen geldvorderingen geen 'op een rekening of deposito gecrediteerd tegoed in geld'⁸³ betreffen en daar-

77 Bijvoorbeeld doordat de last of volmacht van rechtswege eindigt in geval van fail-lissement van de lastgever of volmachtgever; zie art. 3:72 aanhef en sub a en 7:422 aanhef en sub a BW.

78 Zie Keijser 2006, p. 131-135

79 HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 m.nt. WMK (Keereweer q.q./Sogelease) Zie ook hiervóór par. 5.2.

80 Zo is mij in de praktijk gebleken; recente literatuur hierover is mij niet bekend

81 Vgl. Beuving 1996, p. 23.

82 Art. 7:55 BW.

83 Art. 7:51 sub d BW.

door buiten de definitie vallen van goederen die het onderwerp van een financiële zekerheidsovereenkomst kunnen zijn.⁸⁴

Ondanks de beperkte werking die de Hoge Raad aan het fiducia-verbod in het Sogelease-arrest heeft toegekend (zie hiervoor paragraaf 5.2), bestaat er de nodige onzekerheid over het 'fiduciaverbodbestendig' zijn van bepaalde transacties.⁸⁵ Een cessie met een zekerheidsoogmerk zal vanwege dat oogmerk niet in strijd met het fiduciaverbod hoeven te zijn, gelet op de door de Hoge Raad in arrest Keereweert q.q./Sogelease geformuleerde regel.⁸⁶ Zij is wel in strijd met de bedoeling van het fiduciaverbod: uitbanning van de zekerheidseigendom ten gunste van het pandrecht. In het Sogelease-arrest heeft de Hoge Raad de mogelijkheid opengelet dat een overdrachtstitel met een zekerheidsoogmerk ongeldig is, ook als aan de zekerheidsgerechtigde meer rechten worden verschaft dan hij als pandhouder zou hebben.⁸⁷ Het fiduciaverbod levert voor de praktijk ook na het arrest Keereweert q.q./Sogelease problemen op.⁸⁸

5.3.2.2 Partijautonomie

108. *De vrijheid om over eigendom te beschikken.* In paragraaf 2.2 is betoogd dat en beargumenteerd waarom aan rechtssubjecten de vrijheid toekomt om over hun goederen te beschikken en dat een beperking van die vrijheid een rechtvaardiging behoeft. Mijns inziens geldt dit ook voor beschikking door eigendomsoverdracht tot zekerheid. Mogelijke redenen om de bevoegdheid tot beschikking over goederen, door deze tot zekerheid in eigendom over te dragen, uit te sluiten of te beperken zijn:

1. bescherming van zwakkere partijen;
2. bescherming van derden;
3. problemen bij de inpassing van een bevoegdheid in het systeem van het goederenrecht.

84 Art. 7:51 BW.

85 Zie bijvoorbeeld Verhagen en Rongen 2000, p. 74-77.

86 Zie hiervoor par. 5.2. Vgl. ook Verhagen en Rongen 2000, p. 77. Vgl. voor België ook Dirix 1988, p. 349-353, die voor de overdracht tot zekerheid van schuldvoorwaarden, anders dan voor de overdracht tot zekerheid van roerende zaken, voorzichtig concludeert dat deze naar Belgisch recht mogelijk is.

87 Zie hiervoor par. 5.2.

88 Zie over de onzekerheid waarvoor het fiduciaverbod bij specifieke transacties ook na het Sogelease-arrest nog zorgt Rank 1998b.

Hierna zal worden gezien of deze redenen voldoende zwaar (kunnen) wegen om rechtssubjecten te beperken in hun mogelijkheden om zekerheidsrechten te vestigen door goederen over te dragen.

109. 1. *Bescherming van zwakkere partijen.* Het is evident dat de overdracht van een goed voor de zekerheidsgever verdergaande consequenties kan hebben dan de inpandgeving van hetzelfde goed. Het grootste 'gevaar' lijkt de reeds besproken mogelijkheid van overbedeling van de zekerheidsnemer te zijn. Bescherming tegen overbedeling van de zekerheidsnemer is mogelijk, zo bleek in paragraaf 5.3.1.2 hiervóór, zodat het gevaar van overbedeling geen goede reden is om aan partijen de mogelijkheid van overdracht tot zekerheid te onthouden.

In hoofdstuk 14 wordt aandacht besteed aan de vraag of, in welke vorm en in welke gevallen bescherming tegen overbedeling geboden moet worden als de fiduciaire eigendomsoverdracht op ruimere schaal mogelijk wordt gemaakt dan thans het geval is.

110. 2. *Bescherming van derden.* Derden, andere personen dan de zekerheidsgever en de zekerheidsnemer, lopen vooral gevaar indien zij erop vertrouwen dat goederen die tot het vermogen van hun wederpartij lijken te behoren c.q. erop vertrouwen dat goederen van hun wederpartij niet met absoluut werkende rechten van derden belast zijn, geconfronteerd worden met het aan derden in eigendom toebehoren van die goederen c.q. met goederenrechtelijke rechten van derden op die goederen. Voor (de verhaalsmogelijkheden van) derden zal het in de praktijk niet veel verschil maken of zij worden geconfronteerd met een fiduciaire overdracht of met een stil pandrecht. Waar verhaal op goederen van een debiteur na overdracht in beginsel niet meer mogelijk is, is die mogelijkheid er na stille verpanding wel, maar omdat de pandhouder voorrang heeft en op het verpande meerdere pandrechten kunnen rusten zal die verhaalsmogelijkheid in de praktijk in veel gevallen de verhaalzoekende concurrente crediteur weinig opleveren.

Voor zover er wel sprake is van 'overwaarde' lopen de niet verzekerde crediteuren in het geval dat goederen door hun debiteur in zekerheid zijn overgedragen, het risico dat de zekerheidsnemer ook de overwaarde mag behouden. Die overbedeling kan worden voorkomen of gecorrigeerd, zo is gebleken in paragraaf 5.3.1.2. Ook om deze reden is de in hoofdstuk 14 te behandelen vraag gerechtvaardigd of, hoe en zo ja in welke gevallen en op welke wijze, overbedeling correctie behoeft.

111 3 *Gevaar voor het goederenrechtelijk systeem* Hiervóór, in paragraaf 4 4 3, is reeds betoogd dat de verdeling van eigenaarsbevoegdheden over meerdere rechtssubjecten, zodanig dat zij beiden een voorwaardelijk eigendomsrecht hebben ten aanzien waarvan zij volledig beschikkingsbevoegd zijn, in ons goederenrechtelijk systeem past en dat splitsing op die wijze niet bezwaarlijk is

5323 Uit de pas lopen in internationaal en supranationaal opzicht

112 *Andere rechtsstelsels* In de belangrijkste ons omringende landen, in ieder geval in Engeland, Duitsland en Frankrijk, wordt cessie tot zekerheid toegestaan Onduidelijk is de situatie in België ⁸⁹ Een overdracht tot zekerheid is naar algemeen Belgisch vermogensrecht weliswaar geldig tussen partijen, maar heeft in beginsel geen externe werking In talrijke specifieke gevallen is zekerheidsoverdracht met externe werking door de wetgever echter erkend ⁹⁰

Gevolg is dat partijen die transacties doen waarop Nederlands recht van toepassing is, minder mogelijkheden hebben om deze transacties te doen casu quo naar eigen inzicht vorm te geven dan partijen die voor het recht van een andere staat (kunnen) kiezen Over het algemeen zal dit negatieve effect vooral Nederlandse partijen treffen Resultaat is een concurrentienadeel met als mogelijke gevolgen verplaatsing van kapitaal en activiteiten naar het buitenland ⁹¹

Een bijkomend probleem in internationaal opzicht is dat het stil pandrecht op onbegrip stuit in rechtsstelsels, zoals het Engelse, waarin men uitsluitend de overdracht tot zekerheid kent Dit kan voor partijen een goede reden zijn om in situaties met een internationale dimensie voor eigendomsoverdracht tot zekerheid in plaats van voor stil pandrecht te willen kunnen kiezen

113 *Het cessie- en het factoringverdrag* In een tweetal verdragen die betrekking hebben op de overdracht van vorderingen wordt er van uitgegaan dat cessie tot zekerheid mogelijk is Het UNCITRAL-Verdrag inzake cessie van vorderingen in internationale handel⁹² bevat weliswaar geen

89 Zie Verhagen en Rongen 2000, p 72-73

90 Vgl Dirix 2005, p 100

91 Vgl Rank 1998b, p 24

92 Aanvaard door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 12 december 2001 Het verdrag, de preambule bij het verdrag en een toelichting op het verdrag van het UNCITRAL-secretariaat zijn te raadplegen via de website van UNCITRAL <<http://www.uncitral.org>> Nederland heeft het verdrag niet geratificeerd

regel die cessie tot zekerheid voorschrijft, maar in het verdrag wordt er van uitgegaan dat cessie tot zekerheid mogelijk is.⁹³ Ook de Unidroit Convention on International Factoring⁹⁴ gaat er vanuit dat cessie tot zekerheid mogelijk is. Diverse bepalingen van dit verdrag veronderstellen dat vorderingen worden overgedragen aan de factor,⁹⁵ alsmede dat die overdracht aan de factor kan geschieden in verband met kredietverlening door de factor aan degene die de vorderingen aan de factor overdraagt.⁹⁶

114. *Harmonisatie.* Een en ander rechtvaardigt de verwachting dat overdracht tot zekerheid van vorderingen gehandhaafd blijft in jurisdicties waarin zij reeds mogelijk is en wellicht zelfs wordt ingevoerd in jurisdicties waarin overdracht tot zekerheid nu niet mogelijk is. Het wordt inmiddels in brede kring als wenselijk ervaren dat nationale rechtsstelsels naar elkaar toe groeien, al zijn de meningen verdeeld over de mate waarin harmonisatie wenselijk is en de wijze waarop deze zou moeten of kunnen plaatsvinden.⁹⁷ Ook in verband met de in diverse rechtsstelsels bestaande mogelijkheid om vorderingen tot zekerheid over te dragen en het streven naar uniformering van verschillende rechtsstelsels is (verdere) herinvoering in Nederland van de overdracht tot zekerheid gewenst, zeker voor wat betreft de overdracht van vorderingen op naam.

5.4 De Nederlandse Antillen en Aruba: zekerheidseigendom naast stil pandrecht

115. *Geen fiduciaverbod.* Op 1 januari 2001, respectievelijk 1 januari 2002 is op de Nederlandse Antillen, respectievelijk Aruba nieuw vermogensrecht van kracht geworden door invoering van de Boeken 3, 5 en 6 en enige titels van Boek 7 van het Arubaans en Nederlands-Antilliaans Burgerlijk Wetboek (hierna aangeduid als: 'BWNA'. De verschillen tussen de

93 Zo ook Verhagen en Rongen 2000, p. 72 en Van Achterberg 2002, p. 112-113. Zie bijvoorbeeld art. 2a van het verdrag, waarin 'overdracht tot zekerheid' tot onderdeel van de definitie van overdracht in de zin van het verdrag wordt gemaakt.

94 Te raadplegen via de website van Unidroit: <<http://www.unidroit.org>>. Nederland heeft het verdrag niet geratificeerd.

95 Bijvoorbeeld art. 11 lid 1, dat er vanuit gaat dat de factor bevoegd is tot overdracht van de aan hem in zekerheid gegeven vorderingen

96 Zie art. 1 lid 2, aanhef en sub (b), eerste gedachtestreepje

97 Vgl. de plannen van de Europese Commissie om te komen tot een coherenter Europees contractenrecht en de discussies over die plannen, bijvoorbeeld Hesselink 2003 en Bouwes 2005.

Boeken 3, 5 en 6 van het BWNA en het BW zijn minimaal.⁹⁸ Eén opvallend en fundamenteel, wellicht hét meest fundamentele, verschil tussen het BWNA en het BW is dat in het BWNA het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW niet is opgenomen.⁹⁹

Hoewel het BWNA ook een regeling van het stil pandrecht bevat, heeft de wetgever er voor gekozen de fiduciaire eigendomsoverdracht niet in de ban te doen. Eén overweging die de wetgever tot die keuze heeft geleid, is dat er geen aanleiding was om de eigendomsoverdracht tot zekerheid in de ban te doen nu deze figuur naar oud Nederlands-Antilliaans en Arubaans recht bevredigend werkte. Een andere overweging was dat de wetgever, mede gelet op het internationale handelsverkeer, geen onzekerheid wilde laten bestaan over de geldigheid van bepaalde figuren waarbij goederen in het kader van een financiering in eigendom worden overgedragen.¹⁰⁰

De wetgever heeft er van afgezien de fiduciaire eigendomsoverdracht wettelijk te regelen en zo de (verdere) ontwikkeling en de inpassing in het BWNA aan de praktijk en de rechtspraak overgelaten.¹⁰¹ In de literatuur is vóór de invoering van het BWNA enerzijds voorspeld dat men van de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid ook na de invoering van het BWNA gebruik zou blijven maken, ondanks dat het BWNA een regeling van het stil pandrecht kent.¹⁰² Anderzijds is gewaarschuwd voor problemen bij de inpassing van de zekerheidsoverdracht in het BWNA. Die problemen zouden kunnen ontstaan doordat het BWNA in een aantal opzichten, ook afgezien van de daarin opgenomen regeling van het stil pandrecht, afwijkt van het oude recht. Ook is erop gewezen dat onduidelijk is in hoeverre bepalingen die van toepassing zijn op het stil pandrecht analoog van toepassing zijn op de zekerheidseigendom.¹⁰³

Jurisprudentie waaruit kan worden afgeleid hoe de zekerheidseigendom in het BWNA is ingepast of over problemen die daaromtrent zijn ontstaan is mij niet bekend.¹⁰⁴ Daaruit mag niet worden afgeleid dat die

98 Zie voor een gedetailleerde vergelijking Van Daal en Winter 2001. Zie voor een samenvattend overzicht De Boer 2001.

99 Zie Van Daal en Winter 2001, p. 59.

100 Vgl. Memorie van Toelichting, Stukken Zitting 1996/97, nr. 3, p. 19, Van Daal en Winter 2001, p. 59-60, De Boer 2001, p. 291 en Loth 2003, p. 11-13.

101 Vgl. Memorie van Toelichting, Stukken Zitting 1996/97, nr. 3, p. 19.

102 Zie Kunneman 1999.

103 Zie Kunneman 1999, p. 354-355 en Janssen 2005.

104 Gepubliceerde jurisprudentie hierover heb ik niet kunnen vinden. Bij enkele geraadpleegde juristen die goed ingevoerd zijn in het burgerlijk recht van de Nederlandse Antillen en Aruba was ten tijde van mijn onderzoek ook geen ongepubliceerde jurisprudentie bekend.

problemen niet bestaan of zouden kunnen ontstaan, alleen al omdat het BWNA pas kortgeleden is ingevoerd. In hoofdstuk 14 worden enkele vragen besproken die omtrent de inpassing van de fiduciaire eigendoms-overdracht tot zekerheid in het huidige recht zouden kunnen rijzen.

5.5 Wenselijk recht: afschaffing van het fiduciaverbod, onder handhaving van het (stille) pandrecht

116. *Art. 3:84 lid 3 BW wringt met de praktijk, met het arrest Keerweer q.q./Sogelease en met bijzondere wetgeving.* Voor zover onder het huidige recht overdracht van vorderingen (en van andere goederen) plaatsvindt in het kader van financiële transacties kent die overdracht vaak een zekerheids-karakter. Dat aan een dergelijke overdracht in veel gevallen, ook buiten het toepassingsgebied van Titel 7.2 BW (Financiële zekerheidsovereenkomsten), geen ongeldige titel ten grondslag ligt als gevolg van de wijze waarop de Hoge Raad het fiduciaverbod in het arrest Keerweer q.q./Sogelease heeft uitgelegd is naar mijn mening niet in overeenstemming met de wet, noch met de bedoeling van de wetgever. De wijze waarop in art. 7:55 BW het fiduciaverbod gedeeltelijk buiten toepassing is verklaard, verdient uit systematisch oogpunt geen schoonheidsprijs.

Erg fraai is het allemaal niet. De behoefte aan de mogelijkheid om (met name) vorderingsrechten tot zekerheid te kunnen overdragen is groot en er is geen goede reden om niet in die behoefte te voorzien. Het is derhalve zeer wenselijk dat de stille cessie tot zekerheid weer op ruimere schaal dan thans het geval is mogelijk wordt doordat art. 84 lid 3 BW wordt geschrapt.¹⁰⁵ Er zijn geen goede redenen om het verbod voor andere goederen te handhaven. Door art. 3:84 lid 3 BW te schrappen, zou een eigendomsoverdracht onder de ontbindende voorwaarde van voldoening van een vordering van de verkrijger op de vervreemder weer onbeperkt mogelijk worden.¹⁰⁶ Door het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten is een splitsing van eigendomsrechten niet mogelijk, zodat voor onduidelijke goederenrechtelijke verhoudingen niet gevreesd hoeft te worden.

De partijen bij een zekerheidsoverdracht kunnen de verdeling van bevoegdheden overeenkomen zoals zij die wensen. Die verdeling blijft in de obligatoire sfeer zodat een beschikking of een (faillissements)beslag die

105 De stille cessie is inmiddels mogelijk gemaakt door de inwerkingtreding van wetsvoorstel 28 878; vgl. het thans geldende art. 3:94 lid 3 BW.

106 Vgl. art. 3:38 lid 1 jo. 3:84 lid 4 BW.

verdeling zou doorkruisen. Echter, partijen kunnen hun rechten met pandrechten op de betreffende goederen versterken. Ook afgezien daarvan hebben zij als voorwaardelijk rechthebbenden een sterke positie. De cessie onder ontbindende voorwaarde van voldoening van de schuld van de cedent aan de cessionaris heeft ook na het faillissement van de cessionaris tot gevolg dat de cedent door vervulling van die voorwaarde weer de volle eigendom van de vordering verkrijgt. De vervulling van de voorwaarde heeft goederenrechtelijk effect, zodat geen teruglevering hoeft plaats te vinden die door art. 20 en 23 Fw zou worden verhinderd.¹⁰⁷

117. *Stil pand handhaven.* Er is geen aanleiding om de regeling van het stil pandrecht op vorderingen op naam te schrappen indien de mogelijkheid van (stille) cessie tot zekerheid weer op ruimere schaal mogelijk wordt. Integendeel: in gevallen waarin wordt beoogd het zekerheidsrecht op een vordering als afhankelijk recht de verzekerde vordering bij overgang daarvan van rechtswege te laten volgen, kan dat resultaat met een stil pandrecht worden bereikt waar dat met stille cessie tot zekerheid niet mogelijk is. Bovendien voldoet de regeling in de nationale praktijk, in die gevallen waarin partijen niet méér beogen dan het bieden van een mogelijkheid tot verhaal met voorrang door een schuldeiser.

Een bijkomend argument om het stil pandrecht te handhaven, is dat daarvoor een wettelijke regeling geldt die in een aantal opzichten duidelijkheid biedt over wat rechtens is doordat deze sinds 1992 door de doctrine en in de jurisprudentie verder is ingevuld. Ook om deze redenen is het gewenst dat partijen kunnen kiezen voor hetzij overdracht tot zekerheid, hetzij stil pandrecht.

118. *Inpassing van de zekerheidsoverdracht in het Burgerlijk Wetboek.* Schrapt de wetgever art. 3:84 lid 3 BW, dan zal de vraag rijzen of de eigendoms-overdracht tot zekerheid past in het Burgerlijk Wetboek, welke regels daarvoor (moeten) gelden en in hoeverre wettelijke regeling van de zekerheidseigendom wenselijk is. Zijn de regels die onder het oude recht in de jurisprudentie zijn gevormd onder het huidige recht nog toe te passen en zijn zij nog van toepassing? Is een nadere wettelijke regeling wenselijk waarin bijvoorbeeld enkele bepalingen van het pandrecht van toepassing worden verklaard op de zekerheidseigendom? Op deze vragen zal kort worden ingegaan in hoofdstuk 14.

107 Vgl. Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr. 219 en 220a en Struycken 2007, p. 552-553 en 641-644.

DE VATBAARHEID VOOR VERPANDING VAN VORDERINGEN OP NAAM

6.1 Inleiding

119. *Plan van behandeling.* In dit hoofdstuk wordt onderzocht welke kenmerken van een vordering op naam bepalen of deze vatbaar is voor verpanding. Uitgangspunt van de wet is dat een vordering kan worden verpand, tenzij de wet, de aard van de vordering of een beding tussen de schuldeiser en de schuldenaar zich daartegen verzet.¹ Dit is in overeenstemming met het in hoofdstuk 2 geformuleerde uitgangspunt dat verpanding van vorderingen op ruime schaal mogelijk moet zijn: een vordering is verpandbaar, tenzij er een goede reden is om deze niet verpandbaar te doen zijn.² Eén algemene regel waarmee voor iedere concrete vordering kan worden vastgesteld of deze al dan niet voor verpanding vatbaar is, is niet te geven.³ Wel kunnen eigenschappen van vorderingen worden onderscheiden die bepalen of een vordering voor verpanding vatbaar is. In de paragrafen 6.3 en 6.4 worden de verschillende te onderscheiden eigenschappen behandeld die bepalend zijn, casu quo naar mijn opvatting bepalend zouden moeten zijn, voor het antwoord op de vraag of verpanding van een vordering mogelijk is. Voor een goed begrip wordt in paragraaf 6.2 om te beginnen kort stilgestaan bij de vraag wat het object van een pandrecht op een vordering op naam is: wat is een vordering op naam en waarop rust een pandrecht op een vordering op naam?

In dit hoofdstuk blijft buiten beschouwing in hoeverre toekomstige vorderingen, gelet op de beperking van de mogelijkheid tot verpanding van toekomstige vorderingen in art. 3:239 lid 1 BW, kunnen worden verpand. Deze vraag komt aan de orde in hoofdstuk 8. De reden voor deze keuze is dat verpanding van een pandrecht op toekomstige vorderingen ook vragen oproepen die geen kenmerk van de vordering betreffen.

Eveneens blijft buiten beschouwing in hoeverre de bepaaldheid van de vordering een belemmering kan vormen voor de vestiging van een

1 Art 3:83 lid 1 en lid 2 jo. 3:98 BW.

2 Zo ook voor cessie Wiarda 1937, p. 362-364.

3 In dezelfde zin voor cessie reeds Wiarda 1937, p. 363.

pandrecht daarop. Het bepaaldheidsvereiste wordt in het volgende hoofdstuk behandeld. De reden hiervoor is dat bepaaldheid geen eigenschap van de vordering is. Voor het ontstaan van een pandrecht op een vordering is weliswaar vereist dat de vordering voldoende bepaald is, maar voor het antwoord op de vraag of aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan, is niet zozeer de vordering zelf, maar vooral de omschrijving ervan in de pandakte bepalend.

6.2 Het object van het pandrecht

6.2.1 Wat is een vordering op naam?

120 *Persoonlijk recht* Een vorderingsrecht is het uit een verbintenis voortgekomen recht van de schuldeiser op een prestatie door de schuldenaar. Elk vorderingsrecht van een schuldeiser correspondeert met een *verplichting* van een schuldenaar. Jegens de schuldenaar heeft de schuldeiser een persoonlijk recht op deze prestatie: het recht van de schuldeiser op een geven, een doen of een niet doen door de schuldenaar. Het recht van de schuldeiser op deze prestatie is het object van de verbintenis tussen hem en de schuldenaar. Dit recht op de prestatie is wat wij een vordering op naam plegen te noemen.⁴

121 *Geen scherpe definitie* In de handboeken over het verbintenissen- en het goederenrecht, in de parlementaire geschiedenis van het Burgerlijk Wetboek en in de literatuur over cessie en pandrecht wordt weinig aandacht besteed aan de betekenis van het begrip ‘vorderingsrecht op naam’. Een scherpe definitie van het begrip wordt er niet in aangetroffen. Enerzijds zal dat er mee te maken hebben dat het tot nu toe kennelijk niemand gelukt is om een duidelijke definitie te geven. Anderzijds is het begrip in de praktijk weinig problematisch zodat het niet tot diepgaand onderzoek uitnodigt. Door een aantal eigenschappen van een vorderingsrecht op naam te noemen en zonodig nader te omschrijven wordt inderdaad voldoende duidelijk wanneer een recht een vorderingsrecht op naam is.⁵

4 Vgl. bijv. Parl. Gesch. Boek 6, p. 38, Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 6 en Smelt 2006, p. 109-110.

5 Zie over deze eigenschappen van een vorderingsrecht op naam Asser/Hartkamp 4-I 2004, Inleiding.

Zoals gezegd staat ieder vorderingsrecht door een verbintenis in verband met een verplichting van een schuldenaar. Ook van het begrip 'verbintenis' bestaat geen scherpe definitie.⁶

122. *Een goederenrechtelijk recht.* De schuldeiser heeft een persoonlijk recht jegens de schuldenaar. Hij kan uitsluitend van de schuldenaar nakoming daarvan vorderen. Hij heeft daarnaast een (goederenrechtelijk) recht op het object van de vordering, bijvoorbeeld een recht op levering van een zaak. Dit recht kan hij tegenover derden handhaven, zij het dat hij 'beter' rechten van derden (zoals bijvoorbeeld een ouder recht op levering⁷) moet respecteren. De schuldeiser staat niet alleen in een rechtsrelatie tot de schuldenaar, maar tevens tot dit object van de verbintenis, de vordering op de schuldenaar. Deze rechtsverhouding tussen de schuldeiser en de vordering is een goederenrechtelijke. Doordat de schuldeiser een goederenrechtelijk recht op de prestatie heeft, staat hij niet alleen in een relatie tot de schuldenaar, maar ook tot derden. Het recht van de schuldeiser tot de prestatie is exclusief, hij kan zijn recht tegenover derden handhaven. Van hetgeen waartoe de schuldeiser gerechtigd is, dienen derden zich te onthouden.⁸

Dit door een relatie tot een object in een relatie tot een onbepaalde groep derden komen te staan, in tegenstelling tot het staan in een relatie tot een schuldenaar van een verbintenis, is bepalend voor de vraag of een recht een goederenrechtelijk recht is. Kortmann heeft er mede op deze grond voor gepleit het goederenrechtelijke recht van een rechthebbende tot een vordering ook onder het huidige BW eigendom te noemen.⁹ Dat pleidooi ondersteun ik: zie paragraaf 1.6.

123. *Onderscheid tussen het recht op en het resultaat van de prestatie.* Dit recht op de prestatie moet worden onderscheiden van hetgeen waartoe de prestatie leidt. Komen twee partijen overdracht van een zaak overeen, dan is de prestatie het door de schuldenaar als beschikkingsbevoegde leveren van de zaak. Het recht op die prestatie is het vorderingsrecht van de schuldeiser jegens de schuldenaar. De schuldeiser heeft geen recht op de zaak zelf, maar 'slechts' een vorderingsrecht tot levering van die zaak jegens de schuldenaar, dat als alles goed gaat leidt tot overdracht van die

6 Vgl. bijv. Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 10 en Smelt 2006, p. 109.

7 Art. 3:298 BW.

8 Vgl. Ginossar 1960, p. 29, 35–36 en 46–67 en Eggens 1960, p. 14–16. In dezelfde zin reeds Wiarda 1937, p. 93–94.

9 Zie Kortmann 1973, p. 428–430.

zaak aan de schuldeiser, dus tot verkrijging van eigendom van die zaak door de schuldeiser. De schuldeiser heeft, zolang de zaak niet aan hem geleverd is, derhalve geen rechtsbetrekking tot deze zaak.¹⁰ Die krijgt hij eerst op het moment waarop wordt gepresteerd, als hij doordat de schuldenaar presteert eigenaar wordt van de zaak.

Bestaat het recht op de prestatie uit een vordering tot levering, voortvloeiend uit een koopovereenkomst, van het schilderij *Meisje op ezel*, dan is *dit recht op levering* het exclusieve recht van de schuldeiser. Dit recht op levering kan er weliswaar toe leiden dat de schuldeiser de eigendom van het schilderij verkrijgt, maar de schuldeiser van het recht op levering heeft (nog) geen op het schilderij rustend recht.¹¹ Verkrijgt een ander dan de schuldeiser van die vordering een ander recht op levering, bijvoorbeeld door eveneens een koopovereenkomst te sluiten, dan tast noch het sluiten van deze koopovereenkomst, noch de uitoefening van dit andere recht op levering het goederenrechtelijke recht op levering van de eerste koper aan. Het recht op levering van de eerste koper wordt door het sluiten van de tweede koopovereenkomst of de levering aan de tweede koper als zodanig niet aangetast; het blijft onverkort bestaan. Mogelijk plegen de verkoper en de tweede koper wel een onrechtmatige daad jegens de eerste koper en kan een passende schadevergoeding, als het schilderij inmiddels geleverd is aan de tweede koper, bestaan uit overdracht van het schilderij door de tweede koper aan de eerste koper.¹² Weet een ander dan de eerste koper echter te bewerkstelligen dat het schilderij aan hem wordt geleverd tot nakoming van het recht op levering van de eerste koper, doordat hij zich voordoeft als de eerste koper, dan pleegt hij inbreuk op het exclusieve recht van de schuldeiser van dat recht op levering, de eerste koper.¹³

124. *Beschikkingsbevoegdheid van de schuldeiser.* Bij het in goederenrechtelijke zin schuldeiser zijn van een vordering, past dat de rechthebbende van de vordering, de eigenaar, daarover in goederenrechtelijke zin kan beschikken door de vordering over te dragen of daarop een beperkt recht te vestigen.¹⁴ Ik onderschrijf dan ook de keuze van de wetgever om moge-

10 Anders Wiarda 1937, p. 94, die stelt dat de schuldeiser een persoonlijk recht op de zaak heeft.

11 Vgl. Ginossar 1960, p. 27 en 33.

12 Vgl. HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 m.nt. GJS (Pos/Van den Bosch)

13 Het voorbeeld ontleen ik aan Kortmann 1973, p. 433, met dien verstande dat Kortmann geen Isaac Israëls maar een Jan Steen opvoerde.

14 Vgl. Wiarda 1937, p. 94, Ginossar 1960, p. 31 en Eggens 1960, p. 15-16.

lijk te maken dat de schuldeiser in goederenrechtelijke zin over zijn recht op de prestatie beschikt; hij kan dit vorderingsrecht overdragen en zo een vervanging van hemzelf door een andere schuldeiser bewerkstelligen. Anders is bepleit door Zwolve, die voorstelt de overdracht van vorderingen in de ban te doen en schuldeisersvervanging uitsluitend langs verbintenisrechtelijke weg mogelijk te doen zijn. Zijn voornaamste argument lijkt te zijn dat cessie leidt tot schuldeisersvervanging, "(...) een typisch *verbintenisrechtelijke* rechtsfiguur."¹⁵ Dát cessie het verbintenisrechtelijke gevolg van schuldeisersvervanging heeft, is mijns inziens onvoldoende reden om de overdracht van een vordering, zoals hiervoor bleek een goederenrechtelijk recht, onmogelijk te maken.

Opmerking verdient dat men zowel in het Romeinse recht als, in het verdere verleden, in ons burgerlijk recht het recht op de prestatie niet los kon zien van de personen tussen wie de verbintenis was ontstaan. Men beschouwde zowel de persoon van de schuldenaar als de persoon van de schuldeiser als wezenskenmerken van de prestatie, met als gevolg dat men het recht op de prestatie zag als een recht dat uitsluitend kon bestaan als recht van de oorspronkelijke schuldeiser, degene jegens wie de verbintenis van de schuldenaar was ontstaan. Bijgevolg achtte men de overdracht van het recht op de prestatie, waardoor een ander dan die oorspronkelijke schuldeiser het recht op de prestatie zou verkrijgen, niet mogelijk.¹⁶

125. *Op naam.* Wat betekent het als een vorderingsrecht een recht *op naam* is? Een vorderingsrecht luidt op naam indien de prestatie uitsluitend gevorderd kan worden door één of meer bepaalde personen, de schuldeiser(s) en derhalve niet aan toonder of order luidt. De term 'op naam' heeft derhalve betrekking op de schuldeiser en niet op de schuldenaar.¹⁷

6.2.2 *Waarop rust een pandrecht op een vordering op naam?*

126. *De pandhouder heeft het recht om nakoming te vorderen, maar het betaalde behoort hem niet toe.* De vestiging van een pandrecht op een vordering op naam heeft tot gevolg dat de pandhouder in een goederenrechtelijke

15 Zwolve 2003, p 668, rechterkolom. In dezelfde zin Zwolve 2006, p 253-254

16 Zie voor een historisch overzicht van de ontwikkeling van deze opvatting tot de hedendaagse opvatting Wiarda 1937, p 78-86. Vgl. voor het Romeinse recht ook Out 2005, p 30

17 Vgl. Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr 55, Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr 270 en Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr 28

rechtsverhouding tot die vordering komt te staan. Dit betekent dat de pandhouder een absoluut, jegens eenieder te handhaven recht op de vordering heeft. Het betekent echter niet, anders dan bij de overdracht van een vordering, dat de vordering op de pandhouder overgaat. De pandhouder wordt geen rechthebbende van de vordering; de vordering als vermogensrecht gaat niet op de pandhouder over. Dit vloeit reeds voort uit het feit dat op één goed meerdere pandrechten kunnen rusten; een goed kan echter geen voorwerp van meerdere eigendomsrechten zijn.¹⁸

Een pandhouder wordt door de nakoming jegens hem van de vordering waarop zijn pandrecht rust ook niet de rechthebbende van het door de debiteur aan hem betaalde. Hij krijgt door de vestiging van het pandrecht en mededeling van het pandrecht aan de debiteur het recht op de actio of de rechtsvordering,¹⁹ het recht om nakoming van de vordering te vorderen, maar hetgeen aan de pandhouder wordt betaald behoort hem niet toe. Wel mag hij zijn opeisbare vordering uit de betaalde geldsom voldoen zodra zijn vordering op de pandgever opeisbaar is.²⁰

Om te kunnen bepalen welke bevoegdheden (ten opzichte van de crediteur (de pandgever) en de debiteur van de vordering) toekomen aan de pandhouder, is het van belang voor ogen te houden dat een pandrecht op een vordering op naam, hoewel de pandhouder niet de rechthebbende wordt van het betaalde, wel rust op het recht van de pandgever op betaling. Dit recht is het object van het pandrecht.

Voor het antwoord op de vraag welke bevoegdheden de pandhouder heeft, is niet uitsluitend bepalend wat het object van zijn pandrecht is. Daarvoor is medebepalend dat de inningsbevoegde pandhouder het recht heeft om nakoming van de verpande vordering te vorderen. Aan de (inningsbevoegde) pandhouder komen dan ook bevoegdheden toe die niet het object van zijn pandrecht vormen, maar die wel samenhangen met zijn recht om nakoming te vorderen en zijn daarmee corresponderende bevoegdheid om de vordering te innen. Zo heeft de pandhouder die bevoegd is om de vordering te innen bijvoorbeeld het recht om een van de vordering afhankelijk zekerheidsrecht uit te oefenen.²¹

In tegenstelling tot een pandhouder heeft een cessionaris niet alleen het recht om nakoming van de vordering te vorderen, de 'actio'. De ces-

18 Vgl. Lioni 1885, p. 81.

19 Vgl. art. 3:304 en 3:246 lid 1 BW. Vgl. ook Hamaker 1899, p. 14-30.

20 Zie art. 3:251 jo. 253 en 246 lid 5 BW.

21 Zie over de uitoefening door de pandhouder van dergelijke met de inning van de vordering verband houdende rechten hoofdstuk 12.

sionaris heeft tevens recht op de prestatie, de 'obligatio'²² Wordt jegens een cessionaris geredeerd dan behoort het betaalde hem toe

6.3 Het vereiste dat een te verpanden vordering vatbaar is voor verhaal door de pandhouder

127 *Een pandrecht moet kunnen leiden tot verhaal* Het, in de wet opgenomen, doel van een pandrecht is dat de pandhouder zich op het verpande goed kan verhalen ter voldoening van een geldvordering²³ Dit doel veronderstelt dat het verpande bestaat uit geld (chartaal geld of giraal geld, zijnde een vordering op een bank) of door de pandhouder te gelde kan worden gemaakt zodat de pandhouder zichzelf uit het pand of uit de opbrengst daarvan kan voldoen De wet biedt de pandhouder twee instrumenten om een verpand goed te gelde te maken Het eerste instrument is inning van een verpande vordering²⁴ Het tweede instrument is verkoop van het verpande goed²⁵ Het doel van verhaal van een geldvordering is bereikt als de vordering van de pandhouder uit het geinde of uit de verkoopopbrengst is voldaan

De wet bepaalt niet expliciet dat een goed uitsluitend kan worden verpand als de pandhouder op het goed verhaal kan nemen doordat hij het te gelde maakt en zich uit de opbrengst voldoet Wel lijkt de eis van overdraagbaarheid die art 3 228 BW aan te verpanden goederen stelt mede te zijn ingegeven door de gedachte dat een te verpanden goed door verkoop te gelde gemaakt moet kunnen worden (zie hierna paragraaf 6 4 1) Een pandrecht op een goed dat door de pandhouder niet te gelde kan worden gemaakt is zinledig

128 *Inning van niet in geld luidende vorderingen* Hoewel er bij de parlementaire behandeling van art 3 246 BW vanuit lijkt te zijn gegaan dat de te innen vordering een geldvordering is,²⁶ is er naar mijn mening geen reden om aan te nemen dat de inningsbevoegdheid van de pandhouder tot geldvorderingen beperkt is

22 Vgl Wiarda 1937, bijvoorbeeld p 86-94 en 299

23 Art 3 227 lid 1 BW

24 Art 3 246 BW

25 Art 3 248-251 BW

26 Vgl Parl Gesch Boek 3, p 771-774 en Parl Gesch Boek 3 (Inv 3, 5 en 6), p 1339-1341

Janssen heeft daarentegen betoogd dat uitsluitend geldvorderingen door een pandhouder geïnd kunnen worden.²⁷ Hij geeft voor deze stelling twee argumenten. Zijn eerste argument is dat inning taalkundig uitsluitend op een geldsom betrekking zou kunnen hebben. Janssen onderbouwt dit argument niet en mijns inziens valt niet in te zien waarom inning taalkundig gezien geen betrekking zou kunnen hebben op vorderingen die niet in geld luiden.²⁸ Het tweede argument van Janssen is dat uit het feit dat er in de wetsgeschiedenis van inning van in geld luidende vorderingen wordt gerept, moet worden afgeleid dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om de inning van verpande vorderingen daartoe te beperken. Het is mijns inziens niet gerechtvaardigd om een dergelijke vergaande conclusie zonder nadere aanwijzingen uit de wetsgeschiedenis te trekken.

Een voorbeeld van een niet in geld luidende vordering die door de pandhouder zou kunnen worden geïnd, is een vordering tot levering van een goed. In de volgende paragraaf wordt de uitwinning, waaronder de inning, van een vordering tot levering van een goed besproken.

6.3.1 *Uitwinning van een vordering tot levering van een goed*

129. *Wie wordt rechthebbende van het geïnde?* Een vordering tot levering van een goed kan door de pandhouder worden uitgewonnen door deze vordering openbaar of onderhands te verkopen en verhaal op de verkoopopbrengst te nemen.²⁹ Na verkoop en overdracht van de vordering tot levering kan de koper levering van het goed vorderen van de debiteur van de vordering. De koper van een vordering tot levering loopt risico's met betrekking tot de levering, zoals het risico dat de debiteur zijn verbintenis niet nakomt en het risico dat de debiteur beschikkingsonbevoegd wordt vóór de levering. Het is dan ook niet ondenkbaar dat verkoop van het te leveren goed meer oplevert dan verkoop van de vordering tot levering van dat goed. Om die reden kan het zowel voor de pandhouder als voor de pandgever aantrekkelijk zijn dat de pandhouder de vordering tot levering int en verhaal neemt op het geleverde goed.

Wat zijn de mogelijkheden tot en de gevolgen van de inning van een vordering tot levering van een goed door de pandhouder? Om deze vraag te kunnen beantwoorden, is het allereerst van belang om vast te

27 Janssen 1992a, p. 173.

28 Van Dale 2005 geeft als enige betekenis van innen "in ontvangst nemen"

29 Art. 3:248-251 BW

stellen wie rechthebbende is van het geïnde. Op grond van art. 3:246 lid 1 BW wordt het geïnde betaald aan de pandhouder. De pandhouder int de vordering in eigen naam.³⁰ In art. 477b lid 1 Rv is bepaald dat een betaling door een derde-beslagene aan de deurwaarder (tevens) geldt als een betaling aan de beslagdebiteur. Een vergelijkbare bepaling op grond waarvan de betaling aan de pandhouder als een betaling aan de pandgever heeft te gelden kent de wet niet. Volgens Kortmann heeft deze betaling om deze reden niet (tevens) te gelden als een betaling aan de pandgever.³¹

Betekent dit dat de pandhouder, en niet de pandgever, rechthebbende wordt van het geïnde? Art. 3:246 lid 5 BW bepaalt dat het pandrecht in geval van inning door de pandhouder op het geïnde komt te rusten. Het wettelijk systeem gaat derhalve uit van een afscheiding van het geïnde van het vermogen van de pandhouder, zolang de pandhouder zich uit het geïnde niet heeft voldaan. Een pandrecht dat behoort tot hetzelfde vermogen als het object van het pandrecht is niet bestaanbaar.³² Dit zou een reden zijn om aan te nemen dat de betaling aan de pandhouder tot gevolg heeft dat het betaalde deel gaat uitmaken van het vermogen van de pandgever.

Steneker heeft aannemelijk gemaakt dat een persoon rechthebbende kan zijn van twee van elkaar afgescheiden vermogens. De pandhouder zou het geïnde kunnen afscheiden van zijn eigen vermogen, in geval het geïnde bestaat uit geld door het te storten op een kwaliteitsrekening. Ook op deze wijze zou de vermogensscheiding kunnen worden bewerkstelligd waar het systeem van de wet van uitgaat. Op het geïnde kan een substitutiepandrecht rusten dat behoort tot het overige vermogen van de pandhouder.³³

Wat heeft de wetgever beoogd? De ratio van de regel van art. 3:246 lid 5 BW lijkt de volgende te zijn. De inningsbevoegdheid van de pandhouder kan ontstaan voordat hij zich op het verpande mag verhalen.³⁴ Zolang de pandhouder niet bevoegd is zich uit het geïnde te voldoen, dienen de posities van de belanghebbenden, de pandgever en de eventuele overige pandhouders, ten aanzien van het geïnde zoveel mogelijk gelijk te zijn aan de posities die zij hadden ten aanzien van de geïnde vordering

30 In dezelfde zin Asser/Van der Grinten/Kortmann 2-I 2004, nr. 143 en Bartels 2004, p. 165.

31 Asser/Van der Grinten/Kortmann 2-I 2004, nr. 143.

32 Vgl. art. 3:81 lid 2 aanhef en sub e BW en Asser/Mijnssen/Van Velten/Van Mierlo 3-III 2003, nr. 28.

33 Steneker 2005, p. 59-62. In dezelfde zin Faber 1994, p. 188-189.

34 Art. 3:239 lid 3 jo. 3:246 lid 1 BW

(zie ook hierna paragraaf 11.5.3). Aan deze ratio wordt het meeste recht gedaan als de pandgever rechthebbende van het geïnde wordt. De betaling als bedoeld in art. 3:246 lid 1 BW leidt er, op grond van het bepaalde in lid 5 van dat artikel, naar geldend recht mijns inziens dan ook toe dat de pandgever de rechthebbende van het betaalde wordt.³⁵

Is sprake van een geldvordering die wordt geïnd op een door de pandhouder aangehouden kwaliteitsrekening, of wordt het geïnde daarop gestort, dan is het mijns inziens echter wenselijk dat niet de pandgever, maar de pandhouder rechthebbende van het saldo (één of meer vorderingen op de bank waarbij de rekening wordt aangehouden) is. Het is namelijk niet wenselijk dat degene die bij de bank en mogelijk ook bij derden bekend is als rekeninghouder, niet de rechthebbende van het rekeningssaldo is. In paragraaf 11.5.3.1 wordt om die reden een voorstel gedaan voor een wettelijke regeling voor een door de pandhouder aan te houden kwaliteitsrekening waarbij de pandhouder rechthebbende van het saldo is, maar dit saldo geen deel uitmaakt van zijn overige vermogen. Voor zover het geïnde niet uit giraal geld bestaat is er geen reden om de pandgever niet als de rechthebbende daarvan te beschouwen. In het navolgende wordt er dan ook van uitgegaan dat bij inning van een verpande vordering tot levering het te leveren goed aan de pandgever moet worden geleverd.

130. *Inning van een vordering tot levering van een roerende zaak.* Inning door de pandhouder van een vordering tot levering van een roerende zaak die door bezitsverschaffing kan worden geleverd en verhaald door de pandhouder op de geleverde zaak is weinig problematisch. In art. 3:110 BW is bepaald dat aan iemand die niet de beoogd rechthebbende is door bezitsverschaffing een roerende zaak kan worden geleverd waarvan een ander de rechthebbende wordt, als tussen hen beiden een rechtsverhouding bestaat die daartoe strekt. Degene aan wie de zaak wordt geleverd gaat deze in dat geval houden voor de rechthebbende. Zo een rechtsverhouding kan bijvoorbeeld bestaan tussen een lastgever en een lasthebber.³⁶

Hoewel niet duidelijk is of art. 3:110 BW ook voor die situatie geschreven is, bestaat zo een rechtsverhouding ook tussen de pandgever en de pandhouder in geval van een pandrecht op een vordering tot leve-

35 In dezelfde zin Bartels 2004, voetnoot 156 op p. 165 en Snijders 2004a, p. 305

36 Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 430-431 en Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6) p. 1258-1259, alsmede Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, nr. 153 en Bartels 2004, p. 54-57

ring van een roerende zaak. Het artikel kan mijns inziens zonder bezwaar worden toegepast op de inning door de pandhouder van een vordering tot levering van een roerende zaak die door bezitsverschaffing kan worden geleverd.³⁷ Zou art. 3:110 BW niet van toepassing zijn, dan biedt art. 3:246 BW, in het bijzonder lid 5, de wettelijke basis voor een levering aan de pandhouder waardoor de pandgever rechthebbende van het geleverde goed wordt.

Door de levering van de zaak aan de pandhouder wordt de pandgever eigenaar en bezitter van de zaak, gaat de pandhouder de zaak voor de pandgever houden en rust op de zaak ex art. 3:246 lid 5 BW een substitutiepandrecht van de pandhouder.³⁸ Is de schuldenaar in verzuim dan kan de pandhouder de aan hem geleverde roerende zaak waarop hij een vuistpand heeft volgens de daarvoor geldende regels (art. 3:248-251 BW) te gelde maken en zich uit de opbrengst voldoen.³⁹

In de jurisprudentie vond ik één voorbeeld van de afwikkeling van een pandrecht op een vordering tot levering.⁴⁰ In dit geval had de koper van een roerende zaak zijn rechten uit de koopovereenkomst, waaronder de vordering tot levering van de zaak, verpand aan een financier. De koper inde de vordering tot levering. Volgens de rechtbank is daardoor ex art. 3:246 lid 5 BW een substitutiepandrecht van de financier op de roerende zaak komen te rusten. Dit oordeel zou juist zijn, als het pandrecht aan de verkoper was medegedeeld, de pandhouder als gevolg van die mededeling bevoegd was de vordering tot levering te innen en de koper (de pandgever) de vordering met machtiging van de kantonrechter ex art. 3:246 lid 5 BW had geïnd. Zulks is door de rechtbank niet vastgesteld, zodat het oordeel van de rechtbank op grond van de door haar vastgestelde feiten onjuist is. Was het pandrecht niet aan de verkoper medegedeeld dan was de pandgever bevoegd de vordering tot levering te innen

37 Art. 3:110 BW kent een ruim toepassingsbereik; zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 430 en vgl. Bartels 2004, p. 44-45 en 57. Uit de wetsgeschiedenis blijkt enerzijds dat de wetgever het oog heeft gehad op een tussen de houder en de beoogd rechthebbende bestaande overeenkomst, zoals een huurovereenkomst of een overeenkomst van bruikleen, of een ten behoeve van de houder op het te leveren goed gevestigd beperkt recht, maar blijkt anderzijds dat andere rechtsverhoudingen niet van de toepassing van het artikel zijn uitgesloten.

38 Zo ook Rank-Berenschot 1997a, p. 242.

39 Zo ook Rank-Berenschot 1997b, p. 57 en Stein 2006 (Vermogensrecht), art. 3:246, aant. 33.

40 Rb. Leeuwarden 12 mei 2004, JOR 2004/183 en, in hoger beroep daarvan, Hof Leeuwarden 26 oktober 2005, JOR 2005/54 m.nt. S.E. Bartels (Van der Spek q.q./Graphic Lease).

en is het pandrecht tenietgegaan zonder dat een substitutiepandrecht op de geleverde zaak is ontstaan.⁴¹ In hoger beroep legde het hof de pandakte aldus uit, dat op de te leveren roerende zaak bij voorbaat een pandrecht was gevestigd. Het hof kwam daardoor niet toe aan overwegingen over de afwikkeling van het pandrecht op de vordering tot levering van de zaak.

131. *Inning van een vordering tot levering van een vordering op naam of van een registergoed.*⁴² Problematischer is de inning door de pandhouder en verhaal op het geïnde als het te leveren object een registergoed of een vordering op naam is. Een probleem bij zowel de inning van een vordering tot levering van een registergoed als bij de inning van een vordering tot levering van een vordering op naam lijkt te zijn, dat directe verkrijging van goederen door de pandgever, doordat zij worden geleverd aan de pandhouder in eigen naam, uitgesloten moet worden geacht nu het goederen betreft die niet door bezitsverschaffing, maar door een akte worden geleverd.⁴³ Neemt men met mij aan dat het geïnde tot het vermogen van de pandgever gaat behoren dan verzet niets zich ertegen dat een vordering tot levering van een vordering op naam of van een registergoed wordt geïnd doordat de vordering of het registergoed wordt geleverd aan de pandgever. Wel is de levering een tweezijdige rechtshandeling waarvoor medewerking van de pandgever vereist is. Desgewenst kan de pandgever voor het verrichten van deze handeling een volmacht aan de pandhouder verlenen.⁴⁴ Op de aan de pandgever geleverde *vordering* komt na de levering aan de pandgever een substitutiepandrecht van de pandhouder te rusten. Ook eventuele andere pandrechten op de vordering tot levering worden gesubstitueerd door pandrechten op de vordering op naam.

41 Vgl. art. 3:81 lid 2 aanhef en sub a BW en HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder q q./CLBN)

42 Buiten beschouwing blijven andere goederen waarvoor specifieke leveringsvoorwaarden gelden, zoals intellectuele eigendomsrechten en aandelen op naam.

43 Zo oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 23 september 1994, NJ 1996, 461 m.nt. WMK (Kas-Associatie/Drying): directe verkrijging van 'WGE-effecten' is niet mogelijk, nu daarvoor bijschrijving op naam van de verkrijger vereist is; de Hoge Raad overwoog expliciet dat directe verkrijging slechts mogelijk is van goederen die door enkele bezitsverschaffing kunnen worden geleverd. Voor registergoederen besliste de Hoge Raad zulks reeds in zijn arrest van 2 april 1976, NJ 1976, 450 m.nt. WMK (Modehuis Nolly). Vgl. ook Asser/Van der Grinten/Kortmann 2-I 2004, nr. 128 en Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, nr. 153.

44 Buiten beschouwing blijft de vraag of de curator in het faillissement van de pandgever tot die medewerking gehouden zou zijn

132. *Geen substitutiepand op een registergoed.* Op een registergoed, dat niet voor verpanding vatbaar is, kan geen substitutiepandrecht ontstaan. Dat de eventuele andere pandhouders dan de innende pandhouder de bescherming moeten ontberen die zij aan hun substitutiepand zouden ontleenen als het geïnde vatbaar was voor verpanding, lijkt mij geen onoverkomelijk bezwaar. Zij konden er, toen zij een pandrecht op een vordering tot levering van een registergoed accepteerden, rekening mee houden dat die vordering kan worden geïnd door een hoger gerangschikte pandhouder en dat door die inning hun zekerheidsrecht, zonder substitutie, teniet zou gaan. Bezwaarlijker is dat, als men met mij aanneemt dat inning van een vordering tot levering tot gevolg heeft dat het geleverde tot het vermogen van de pandgever gaat behoren, de inning van een vordering tot levering van een registergoed tot gevolg heeft dat het pandrecht van de pandhouder tenietgaat zonder substitutie en zonder dat hij op het geïnde verhaal heeft kunnen nemen.

133. *Analoge toepassing van de regeling voor beslag op een vordering tot levering van een registergoed.* Voor beslag op een vordering tot levering van een goed bevat de wet een regeling die verhaal door de beslaglegger op het te leveren goed mogelijk maakt, ook indien het goed een registergoed is.⁴⁵ In geval van een dergelijk - executoriaal - beslag moet de debiteur het te leveren goed ter beschikking van de deurwaarder stellen, waarna het goed volgens de voor dat goed geldende regels kan worden geëxecuteerd.⁴⁶ De levering van het geëxecuteerde goed aan de executiekoper bevrijdt de schuldenaar van zijn verbintenis tot levering jegens zijn schuldeiser, de beslagdebiteur.⁴⁷

H. Stein heeft analoge toepassing van de voor de afwikkeling van een beslag op een vordering tot levering van een registergoed geldende regeling op de afwikkeling van een pandrecht op een dergelijke vordering bepleit.⁴⁸ Op zichzelf is daar geen bezwaar tegen.

Wel moet er rekening mee worden gehouden dat een pandhouder inningsbevoegd kan zijn voordat hij bevoegd is om verhaal op het geïnde te nemen. Bevoegd om verhaal op het geïnde te nemen is de pandhouder eerst als zijn vordering op de pandgever opeisbaar is.⁴⁹ Zijn bevoegdheid

45 Een dergelijk beslag is mogelijk op basis van art 475 lid 1 Rv

46 Art 477 lid 1 en lid 5 Rv. Is conservatoir beslag gelegd, dan ontstaat de verplichting tot afgifte vier weken na betekening van een executoriale titel, zie art 723 Rv

47 Art 477b lid 2 Rv. Zie over deze regeling Stein 1992, p 233-235

48 Stein 1992, p 233-235.

49 Zie art 3:255 lid 1 BW

om zichzelf door mededeling inningsbevoegd te maken, ontstaat van rechtswege reeds op het moment dat hij goede grond heeft om te vrezen dat de pandgever in de nakoming van zijn door het pandrecht verzekerde verplichtingen tekort zal schieten. De pandgever en de pandhouder kunnen zelfs overeenkomen dat de bevoegdheid van de pandhouder tot mededeling van het pandrecht reeds op een eerder tijdstip intreedt.

Zou de regeling voor het beslag op een vordering tot levering van een registergoed onverkort worden toegepast, dan zou zich de situatie kunnen voordoen dat het te leveren registergoed ter beschikking van de deurwaarder wordt gesteld, terwijl dit pas veel later en mogelijk nooit ten behoeve van de pandhouder te gelde kan worden gemaakt. Daartegen bestaan praktische en juridische bezwaren. Tal van vragen kunnen rijzen. Van wie kan worden gevergd dat hij het goed verzekerd houdt? Wie kan worden aangesproken tot betaling van de met het goed verband houdende lasten? Op wie drukken de met het registergoed samenhangende verplichtingen uit het burennrecht? Analoge toepassing van de voor de afwikkeling van een beslag op een vordering tot levering van een registergoed geldende regeling acht ik daarom uitsluitend wenselijk als de pandhouder niet alleen bevoegd is om de vordering tot levering te innen, maar tevens bevoegd is om op het geïnde verhaal te nemen.

Ondanks dat analoge toepassing in dat geval mogelijk kan worden geacht is het, omwille van de rechtszekerheid, wenselijk dat voor de afwikkeling van een pandrecht op een vordering tot levering van een registergoed een wettelijke regeling wordt getroffen. Een voorstel voor zo een regeling wordt gedaan in paragraaf 6.3.1.1.

134. *Een alternatief: executoriale verkoop van de vordering tot levering aan de pandhouder.* De pandhouder die op deze analoge toepassing van de regeling voor de afwikkeling van een beslag op een vordering tot levering van een registergoed niet wil vertrouwen, kan de vordering tot levering van een registergoed executeren door deze in het openbaar of onderhands te verkopen.⁵⁰ Om hem moverende redenen, bijvoorbeeld omdat hij verwacht dat voor het goed een hogere prijs zal worden betaald dan voor de vordering tot levering, kan de pandhouder vervolgens de voorzieningenrechter verzoeken de vordering tot levering voor een bepaald bedrag aan hem, de pandhouder, te laten.⁵¹ Staat de voorzieningenrechter het verzoek toe, dan heeft de pandhouder recht op levering van het goed aan hem.

50 Art 3 248-251 BW

51 Art 3 251 lid 1 BW

Nadat het aan hem is geleverd kan hij het goed als eigenaar verkopen en overdragen.

135. *Inning van een vordering tot levering en verhaal op het geïnde is mogelijk.* Mijn conclusie luidt dat een pandrecht op een vordering tot levering van een roerende zaak of (met medewerking van de pandgever) van een vordering op naam door de pandhouder kan worden geïnd waarna hij zich op de zaak of de vordering kan verhalen. Ten aanzien van een vordering tot levering van een registergoed is dat zonder een nadere wettelijke regeling niet zeker. Het lijkt mij wel wenselijk dat de tot inning en het nemen van verhaal op het geïnde bevoegde pandhouder ook een vordering tot levering van een registergoed kan innen om zich vervolgens op het geleverde goed te verhalen. De volgende paragraaf bevat een aanzet voor een wettelijke regeling daartoe.

6.3.1.1 Wenselijk recht: een wettelijke regeling voor de inning van een pandrecht op een vordering tot levering van een registergoed en verhaal op het geïnde

136. *Voorstel voor een wettelijke regeling.* Het probleem dat naar huidig recht niet kan worden uitgesloten dat inning door de pandhouder van een vordering tot levering van een registergoed leidt tot het tenietgaan van het pandrecht zonder dat de pandhouder op het geïnde verhaal kan nemen, zou kunnen worden opgelost door niet de pandgever, maar de pandhouder rechthebbende te laten worden van het geleverde goed. Eén bezwaar tegen zo een regeling is dat in dat geval geen substitutiepandrecht van de eventuele overige pandhouders ontstaan. Zoals gezegd (zie hiervóór nr. 132) acht ik dit geen onoverkomelijk bezwaar. Meer bezwaarlijk lijkt mij dat deze oplossing tot een verslechtering van de juridische positie van de pandgever zou leiden.⁵²

Het komt mij voor dat de beste oplossing een regeling is waarbij het registergoed noch aan de pandgever, noch aan de pandhouder wordt geleverd, maar waarbij het recht op levering te gelde wordt gemaakt doordat het te leveren goed door tussenkomst van een onafhankelijke derde wordt verkocht en geleverd. Daarbij kan de voor de afwikkeling van een executoriaal beslag op een vordering tot levering van een registergoed geldende regeling als uitgangspunt worden genomen. Om de hiervóór in nr. 132 geschetste reden is het wenselijk dat die regeling uitsluitend open

52 Vgl. hiervóór par. 6.3.1 en hierna par. 11.5.3.

staat voor de pandhouder die niet alleen bevoegd is om de vordering tot levering te innen, maar die tevens bevoegd is om op het geïnde verhaal te nemen. Een dergelijke regeling zou er op hoofdlijnen als volgt uit kunnen zien.

1. De innings- en tot het nemen van verhaal op het geïnde bevoegde pandhouder kan een deurwaarder verzoeken de vordering tot levering van het registergoed te innen.⁵³
2. De debiteur van de vordering tot levering van het registergoed is verplicht het registergoed ter beschikking van de deurwaarder te stellen door middel van een schriftelijke verklaring aan de deurwaarder.⁵⁴
3. Door het afleggen van de vorenbedoelde schriftelijke verklaring is de debiteur van zijn verplichting tot levering van het registergoed jegens de pandgever bevrijd.⁵⁵
4. De innende pandhouder en de eventuele overige pandhouders krijgen, met behoud van hun rang, een aanspraak op de executieopbrengst van het registergoed.
5. Eventuele beslagen op de vordering tot levering worden omgezet in beslagen op het geleverde goed, die geacht worden te zijn gelegd op het moment waarop de beslagen op de vordering tot levering zijn gelegd.
6. De deurwaarder is bevoegd het registergoed ten behoeve van de pandhouder door een notaris te doen executeren volgens de voor het goed geldende regels. De opbrengst wordt door de notaris verdeeld met inachtneming van de rechten van de overigen tot de opbrengst gerechtigden (de voormalige pandhouders, de beslagleggers en de pandgever).⁵⁶
7. Eindigen alle pandrechten op de vordering tot levering van het registergoed voordat het registergoed is verkocht, bijvoorbeeld omdat de pandgever alsnog de vorderingen van de pandhouder(s) voldoet, dan wordt dit door de deurwaarder weer ter beschikking gesteld aan de pandgever. Het goed blijft belast met de eventueel daarop liggende beslagen, ongeacht of deze hun oorsprong vinden in op de vordering tot levering gelegde beslagen dan wel na de terbeschikkingstelling aan de deurwaarder op het goed zijn gelegd.

53 Vgl. art. 477 lid 1 Rv

54 Vgl. art. 477 lid 1 jo. 477b lid 2 Rv.

55 Vgl. art. 477b lid 2 Rv.

56 Vgl. art. 477 lid 5 Rv

6.4 Het vereiste dat een te verpanden vordering overdraagbaar is

137. *Inleidende opmerkingen, plan van behandeling.* In art. 3:81 lid 1 BW en art. 3:228 BW is bepaald dat uitsluitend vorderingen die kunnen worden overgedragen voor verpanding vatbaar zijn. Art. 3:83 lid 1 en 2 BW bepaalt dat vorderingen overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van de vordering zich daartegen verzet of de onoverdraagbaarheid ervan door de schuldeiser en de schuldenaar is overeengekomen. In deze paragraaf wordt de betekenis van het overdraagbaarheidsvereiste voor de verpandingsvatbaarheid van vorderingen behandeld. Eerst wordt, in paragraaf 6.4.1, in algemene zin gezien of onoverdraagbaarheid inderdaad leidt tot onverpandbaarheid en of het geldende recht in dit opzicht tevens het wenselijke recht is. Vervolgens worden, in de paragrafen 6.4.2-6.4.4, de te onderscheiden oorzaken van onoverdraagbaarheid (de wet, de aard van de vordering en overeengekomen onoverdraagbaarheid) behandeld.

6.4.1 Leidt onoverdraagbaarheid tot onverpandbaarheid?

138. *Geldend recht.* De tekst van art. 3:81 lid 1 en 3:228 BW is duidelijk: op een onoverdraagbare vordering kan geen pandrecht worden gevestigd. Onoverdraagbare vorderingen kunnen niet worden verpand, ongeacht de oorzaak van de onoverdraagbaarheid.⁵⁷ Op grond van deze artikelen geldt tevens dat beperkingen die gelden voor de overdraagbaarheid van een vordering, tevens gelden voor de verpandbaarheid van die vordering. Is, om een voorbeeld te noemen, overeengekomen dat een vordering uitsluitend met toestemming van de debiteur kan worden overgedragen, dan kan deze eveneens uitsluitend met toestemming van de debiteur worden verpand.⁵⁸ Een aantal auteurs heeft er voor gepleit om art. 3:228 BW zó uit te leggen, dat krachtens partijbeding onoverdraagbare vorderingen toch kunnen worden verpand, of om in ieder geval de mogelijkheid te aanvaarden dat partijen kunnen overeenkomen dat een krachtens overeenkomst onoverdraagbare vordering wel vatbaar voor verpanding is.⁵⁹ Hoewel het resultaat van deze opvatting, zoals hierna nog zal blijken, mij

57 Vgl. Van Achterberg 1999, nr 4 en Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 97-98.

58 Zo ook Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 98-100.

59 Vriesendorp 1996, p. 106, Snijders 1999, p. 584, Verhagen en Rongen 2000, p. 105-110, H.J. Snijders in zijn NJ-noot onder HR 17 januari 2003, JOR 2003/52 m nt. M.H.E. Rongen, NJ 2004, 281 (Oryx/Van Eesteren), Vriesendorp 2003b, p. 193 in zijn annotatie van dit arrest in AA en Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr 202.

aanspreekt, geeft de opvatting van deze auteurs naar mijn mening niet het geldende recht weer.

139. *Kritische beschouwing van de (mogelijke) ratio's om overdraagbaarheid als vereiste voor verpandbaarheid te stellen.* Zijn er goede redenen om iedere onoverdraagbare vordering ook onverpandbaar te doen zijn? Uit de wetsgeschiedenis van art. 3:228 BW blijkt niet waarom de wetgever ervoor gekozen heeft om uitsluitend overdraagbare goederen voor verpanding vatbaar te doen zijn.⁶⁰ Er lijken twee mogelijke redenen te zijn. Allereerst wordt de vestiging van een beperkt recht wel als een gedeeltelijke overdracht gezien. Deze notie kan leiden tot de gedachte dat verpanding van een goed uitsluitend mogelijk is of zou moeten zijn als dat goed kan worden overgedragen. Hiervóór, in paragraaf 4.3, is gebleken dat het beschouwen van de vestiging van een pandrecht als een gedeeltelijke overdracht een hulpmiddel kan zijn bij het doorgronden daarvan, maar dat de vestiging van een pandrecht geen gedeeltelijke overdracht is.⁶¹ Deze voorstelling van zaken is derhalve geen goede reden om uitsluitend overdraagbare vorderingen voor verpanding vatbaar te laten zijn.

De tweede mogelijke reden om uitsluitend overdraagbare goederen vatbaar voor verpanding te doen zijn, is dat verpanding uitsluitend zinvol is als de pandhouder op het verpande goed verhaal kan nemen doordat hij dit verkoopt en zijn vordering uit de opbrengst voldoet.⁶² Voor een pandrecht op een vordering geldt echter dat de onoverdraagbaarheid ervan niet in de weg hoeft te staan aan verhaal daarop door de pandhouder, mits hij de vordering kan innen en zich uit het geïnde kan voldoen of, in geval van inning van een vordering tot levering van een goed, het geïnde te gelde kan maken. Verhaal op vorderingen geschiedt veelal ook langs de weg van inning en niet door verkoop ervan.⁶³

Denkbaar is dat een op zichzelf voor inning door een pandhouder vatbare vordering op enig moment nog niet door de pandhouder kan worden geïnd, bijvoorbeeld doordat de vordering nog niet opeisbaar is en dat ook niet (door opzegging)⁶⁴ kan worden gemaakt. Beekhoven van den Boezem acht verpanding van dergelijke vorderingen niet wenselijk en heeft om die reden voorgesteld om *alle* onoverdraagbare vorderingen van

60 Parl. Gesch. Boek 3, p. 734 en Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1325.

61 Zo ook Vriesendorp 1996, p. 106.

62 Vgl. Vriesendorp 1996, p. 105 en Rank-Berenschot 1997b, p. 32.

63 Vgl. Vriesendorp 1996, p. 105.

64 Art. 3:246 lid 2 BW.

verpanding uit te blijven sluiten.⁶⁵ Tegen verpanding van vorderingen die op enig moment nog niet, maar uiteindelijk wel door de pandhouder kunnen worden geïnd bestaat mijns inziens echter geen bezwaar. De belemmering voor de inning van de vordering door de pandhouder is een eigenschap van de vordering die ook aan inning door de pandgever in de weg staat. Noch de pandgever, noch derden zoals crediteuren van de pandgever, zullen er nadeel van kunnen ondervinden dat de vordering ook nog niet kan worden geïnd door de pandhouder.

Beekhoven van den Boezem heeft nog een derde reden aangevoerd om onoverdraagbare vorderingen onverpandbaar te doen zijn. Hij stelt dat een onoverdraagbare vordering die nog oninbaar is de pandhouder in een ongewenste dwangpositie zou kunnen brengen doordat hij niet door een faillissementscurator tot een executieverkoop of tot inning kan worden gedwongen⁶⁶ en de vordering door de curator ook niet in het kader van een 'activa-passivatransactie'⁶⁷ kan worden vervreemd.⁶⁸ Dit argument is niet valide. Immers: de pandhouder kan de vordering niet vervreemden of innen om dezelfde reden waarom (de curator van) de pandgever dit niet kan. Voor de curator kan het weliswaar lastig zijn dat een vordering niet kan worden vervreemd of geïnd, maar dat probleem zou hij ook hebben indien de betreffende vordering niet verpand zou zijn. Laat de inningsbevoegde pandhouder inning van een al dan niet onoverdraagbare vordering die voor inning vatbaar is achterwege zonder daartoe een goede reden te hebben, dan kan de curator (i) de pandhouder een redelijke termijn stellen om tot uitoefening van zijn recht over te gaan na het verstrijken waarvan de curator de vordering kan innen,⁶⁹ (ii) de pandhouder lossen waardoor het pandrecht eindigt,⁷⁰ of (iii) de kantonrechter verzoeken hem te machtigen om de vordering te innen.⁷¹ Ook indien de pandhouder weigert de vordering door opzegging opeisbaar te maken,⁷² kan de curator via een van deze wegen bewerkstelligen dat hij het opzeggingsrecht kan uitoefenen. Aannemelijk is dat de pandgever casu quo

65 Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 105.

66 Op grond van het bepaalde in art. 58 lid 1 Fw.

67 In faillissement ligt een activatransactie meer voor de hand.

68 Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 105.

69 Art. 58 lid 1 Fw, waarover hierna par. 9.2.3.

70 Art. 58 lid 2 Fw.

71 Art. 3:246 lid 5 BW. Vgl. ook Beekhoven van den Boezem en Goosmann 2007a. Zie over de inning van en het verhaal op verpande vorderingen tijdens het faillissement van de pandgever ook hoofdstuk 9.

72 Art. 3:246 lid 2 BW.

diens curator die door de kantonrechter tot inning van de vordering is gemachtigd, bevoegd is de vordering door opzegging opeisbaar te maken.

Voor vorderingen die onoverdraagbaar zijn op grond van een daartoe strekkend beding is er nog een vierde reden die wel is aangevoerd om dergelijke vorderingen niet vatbaar voor verpanding te doen zijn. De debiteur die onoverdraagbaarheid heeft bedongen zal dat wel hebben gedaan omdat hij niet met een andere 'inner' dan zijn oorspronkelijke schuldeiser geconfronteerd wenst te worden.⁷³ Dit argument overtuigt niet, omdat niets er aan in de weg staat dat de debiteur en zijn schuldeiser in dat geval naast onoverdraagbaarheid tevens onverpandbaarheid overeenkomen (zie paragraaf 6.4.4) en niet valt uit te sluiten dat een debiteur wel met verpanding, maar niet met overdracht wenst in te stemmen. Verpanding heeft voor de debiteur namelijk minder verstrekkende gevolgen dan overdracht doordat de debiteur door verpanding, anders dan door overdracht, geen andere schuldeiser krijgt. Zo kan een pandhouder zijn schuld aan de debiteur niet verrekenen met de aan hem verpande vordering, maar kan een cessionaris zijn schuld aan de debiteur wel verrekenen met de aan hem gecedeerde vordering.⁷⁴ Daar komt bij dat onoverdraagbaarheid van een vordering niet aan beslag op die vordering onder de debiteur, gevolgd door inning door een deurwaarder, in de weg staat. Er is geen aanleiding om beslag en pand in dit opzicht verschillend te behandelen.

140. *Wenselijk recht.* Er is geen goede reden om uitsluitend overdraagbare vorderingen vatbaar voor verpanding te doen zijn. Alle vorderingen, ook onoverdraagbare vorderingen, zouden verpandbaar moeten zijn mits zij voor inning door de pandhouder vatbaar zijn en de pandhouder zich op het geïnde kan verhalen, tenzij de wet, de aard van de vordering of een partijbeding de verpanding ervan uitsluit. Art. 3:228 BW dient naar mijn mening zo te worden aangepast, dat de onoverdraagbaarheid van een vordering aan de verpanding ervan niet in de weg staat, mits de vordering vatbaar is voor inning door de pandhouder, en de pandhouder zich op het geïnde kan verhalen. Een vordering kan dan worden verpand mits de wet of de aard van de vordering zich niet tegen verpanding ervan verzet en mits de vordering niet door een partijbeding onvatbaar voor verpanding is gemaakt.

73 In die zin Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 105-106.

74 Zie hierna par. 10.3.

6.4.2 Onverpandbaarheid op grond van de wet

141. *Onderscheid tussen onoverdraagbaarheid, onvatbaarheid voor beslag en onverpandbaarheid.* Na wijziging van art. 3:228 BW conform mijn voorstel⁷⁵ zou een onoverdraagbare vordering vatbaar voor verpanding zijn als deze (i) door de pandhouder kan worden geïnd, (ii) het geïnde vatbaar is voor verhaal door de pandhouder en (iii) de wet of de aard van de vordering zich niet tegen verpanding verzet en de vordering niet door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar onverpandbaar is gemaakt. Wordt art. 3:228 BW in deze zin aangepast dan zou voor elke, bestaande of toekomstige, specifieke wetsebepaling die de overdracht van een categorie vorderingen uitsluit, de vraag moeten worden beantwoord of deze bepaling tevens de verpanding ervan zou moeten uitsluiten. Van bepalingen die reeds thans zowel de overdracht als de verpanding van een categorie vorderingen uitsluiten, zou moeten worden nagegaan of het verpandingsverbod moet worden gehandhaafd.

Verpanding van een bepaalde categorie onoverdraagbare vorderingen zou uitsluitend moeten worden uitgesloten als de reden voor uitsluiting van overdraagbaarheid tevens een goede reden is om de betreffende vorderingen onverpandbaar te doen zijn of indien daar een andere, zelfstandige reden voor is. Of de ratio van de onoverdraagbaarheid de onverpandbaarheid rechtvaardigt, zal veelal eenvoudig kunnen worden vastgesteld. Een voorbeeld is art. 7:633 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt dat overdracht en verpanding van loonvorderingen niet is toegestaan voor zover beslag daarop niet mogelijk is. Doel van deze bepaling is te voorkomen dat de schuldenaar van minimale bestaansmiddelen wordt beroofd, zodat er een goede reden is om het verpandingsverbod in deze bepaling te handhaven.

De reden waarom een vordering op grond van een wettelijke bepaling niet vatbaar is voor beslag kan tevens een goede reden zijn om de vordering onverpandbaar te doen zijn, zoals het hiervoor gegeven voorbeeld laat zien, maar noodzakelijk is dat niet. Zo is er mijns inziens geen aanleiding om de beperking die geldt voor de mogelijkheid van beslag op toekomstige vorderingen tevens te laten gelden voor de mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen.⁷⁶

75 Zie de vorige paragraaf.

76 Zie par. 8.4 hierna.

Wettelijke bepalingen die de overdracht van vorderingen uitsluiten zonder tevens de verpanding ervan uit te sluiten zijn er thans bij mijn weten niet. Voorbeelden van bepalingen die zowel de overdracht als de verpanding van bepaalde vorderingen uitsluiten zijn, naast het genoemde art. 7:633 lid 1 BW, art. 7A:1576f BW en 6:106 lid 2 BW. Ook voor deze bepalingen lijkt te gelden dat de reden waarom de overdracht van de betreffende vorderingen is uitgesloten tevens een goede reden is om de verpanding ervan uit te (blijven) sluiten.

6.4.3 Onverpandbaarheid op grond van de aard van de vordering

142. *Aard van de overeengekomen prestatie of de persoon van de schuldeiser.* Wanneer verzet de aard van een vordering zich tegen de verpanding ervan? Niet vatbaar voor verpanding is een vordering als de *aard van de prestatie* waarop de vordering ziet zich tegen verpanding verzet. Evenmin vatbaar voor verpanding is een vordering als de *persoon van de schuldeiser* daarvan een zo wezenlijk kenmerk is, dat dit zich tegen inning door - of presteren jegens - een ander dan de (oorspronkelijke) schuldeiser verzet. Het komt mij voor dat dit zelden het geval zal zijn bij vorderingen die zien op prestaties om iets te geven, zoals de betaling van een geldsom of de levering van een goed. Daarentegen zullen vorderingen die zien op prestaties om iets te doen of na te laten slechts bij uitzondering voor verpanding vatbaar zijn.⁷⁷

De *aard van de overeengekomen prestatie als zodanig* verzet zich tegen verpanding, als verhaal op de vordering door de pandhouder onmogelijk is. Dat is het geval als de vordering niet door de pandhouder kan worden geïnd en ook niet door de pandhouder kan worden verkocht en overgedragen omdat deze niet door een executiekoper kan worden geïnd.⁷⁸ Zo is het niet mogelijk dat een advocaat een overeenkomst waarbij hij zich verbindt om de belangen van verdachte X in een procedure te behartigen, nakomt jegens pandhouder Y of jegens een koper van de vordering op hem.

De *persoon van de schuldeiser* van een vordering verzet zich tegen verpanding daarvan als de persoon of de hoedanigheden van de schuldeiser voor de schuldenaar een wezenskenmerk van de vordering vormen. In dat geval is het onwenselijk dat de schuldenaar met een ander dan de

77 Vgl. voor het onderscheid tussen verplichtingen om iets te geven, te doen of na te laten art. 3:296 BW

78 Vgl. par. 6.3 hiervóór.

(oorspronkelijke) schuldeiser geconfronteerd wordt. Dat is ook onmogelijk. Bij vorderingen uit overeenkomst zou inning door een ander dan de (oorspronkelijke) schuldeiser in zo een geval erop neerkomen dat de inhoud van de vordering wordt gewijzigd. Een dergelijk wijziging is uitsluitend mogelijk met medewerking van de schuldenaar. Het ontstaan van een vordering met een bepaalde inhoud uit een overeenkomst vereist immers dat de debiteur van de vordering het ontstaan van *die* vordering, met *die* inhoud, heeft gewild.⁷⁹ De schuldeiser van een vordering kán een pandhouder of een cessionaris geen (pandrecht op een) vordering met een andere inhoud verschaffen dan de vordering waarvan hij de rechthebbende is.⁸⁰

De persoon van de schuldeiser kan zich tegen de verpanding van een vordering verzetten ondanks dat de aard van de prestatie als zodanig, dus afgezien van de persoon van de schuldeiser, zich daar niet tegen verzet. Als een kinderboekenschrijver een aantal door hem geschreven boeken voor een zacht prijsje verkoopt aan een stichting die tot doel heeft het lezen door achterstandskinderen te bevorderen, verzet niet de aard van de prestatie (het leveren van de boeken) als wel de persoon van de schuldeiser zich ertegen dat de vordering uit de koopovereenkomst tot levering van de boeken wordt overgedragen of verpand aan de plaatselijke boekhandelaar. Opgemerkt zij dat de aard van de overeengekomen prestatie en de persoon van de schuldeiser, bij de beantwoording van de vraag of een vordering naar haar aard voor verpanding of overdracht vatbaar is, wel van elkaar te onderscheiden, maar veelal niet van elkaar te scheiden zijn. In het gegeven voorbeeld over de advocaat en de cliënt verzet de aard van de prestatie zich ertegen dat de advocaat gehouden zou zijn om jegens een ander dan de verdachte te presteren.

143. *Voorbeelden uit de jurisprudentie.* Een abstract criterium aan de hand waarvan voor alle gevallen kan worden bepaald of de persoon van de schuldeiser een wezenskenmerk van de vordering is, is er mijns inziens niet.⁸¹ Voorbeelden, bijvoorbeeld uit de jurisprudentie, zijn er wel. Illustratief is het arrest Staat/Appels.⁸² De Staat had met Appels een kredietovereenkomst gesloten. Het krediet was Appels verstrekt in het kader van de steunverlening door de Staat aan noodlijdende ondernemingen. De

79 Zo begrijp ik ook Wiarda 1937, p. 373 en Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 21-27. Vgl. ook Snijders 1999, p. 565.

80 Zo ook Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 29-30.

81 Zo ook Wiarda 1937, p. 363.

82 HR 12 januari 1990, NJ 1990, 766 m.nt. WMK (Staat/Appels).

Staat wilde de vorderingen uit hoofde van de kredietovereenkomst overdragen aan een private partij. De Hoge Raad sanctioneerde het oordeel van het hof dat de aard van de overeenkomst zich tegen overdracht van de vorderingen uit die overeenkomst aan een private persoon verzet.

Eén overweging van het hof is dat de Staat met de kredietovereenkomst publieke belangen nastreefde, zoals de bevordering van de werkgelegenheid. Deze publiekrechtelijke achtergrond was een overheersend kenmerk van de overeenkomst tussen de Staat en Appels. Als gevolg hiervan zou de Staat zich als schuldeiser jegens Appels waarschijnlijk (veel) coulanter opstellen dan een private schuldeiser. Dit is een zo wezenlijk onderdeel van de overeenkomst en daarmee van de vorderingen van de Staat op Appels dat, indien Appels met een private schuldeiser te maken zou krijgen, niet meer van dezelfde vorderingen gesproken zou kunnen worden, zo begrijp ik het hof. Dit zou niet wezenlijk anders liggen indien Appels niet met een cessionaris, maar met een inningsbevoegde pandhouder zou worden geconfronteerd.

Een ander voorbeeld is het arrest Den Toom/De Kreek q.q.⁸³ In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de aard van de vordering op een falende bestuurder ex art. 2:248 BW zich tegen overdracht ervan verzet, nu deze vordering door de wetgever exclusief aan de curator van de vennootschap is toegekend, deze vordering een vergaande aansprakelijkheid van de bestuurder inhoudt en de bestuurder in het toezicht op de curator door de rechter-commissaris bij het geldend maken van deze vordering enige waarborg vindt. Ook dit ligt niet wezenlijk anders indien geen sprake zou zijn van cessie maar van verpanding. Waar het in deze beide arresten om gaat, is dat de vordering zich niet verdraagt met een wisseling in de persoon die rechthebbende van de vordering is casu quo bevoegd is om deze te innen.

144. *Enkele nuanceringen.* Met betrekking tot vorderingen waarbij de persoon van de schuldeiser een wezenskenmerk van de vordering is, zij nog opgemerkt dat denkbaar is dat de aard van de vordering zich niet verzet tegen overdracht of verpanding aan een persoon die een bepaalde kwaliteit bezit of juist mist. Zo is denkbaar dat de aard van de vordering in een geval als in het arrest Staat/Appels zich niet verzet tegen de overdracht of verpanding ervan aan een andere overheidsrechtspersoon die dezelfde belangen nastreeft als de Staat, bijvoorbeeld een provincie.

83 HR 7 september 1990, NJ 1991, 52 m nt Ma

De bedoeling van de partijen bij de overeenkomst waaruit de vordering ontstaat zal de aard van de vordering mede bepalen. De grens tussen vorderingen die naar hun aard onoverdraagbaar zijn en vorderingen die onoverdraagbaar zijn doordat de onoverdraagbaarheid ervan (impliciet) is overeengekomen, is dan ook vloeiend.⁸⁴ Een algemene regel die in abstracto aangeeft in welke gevallen de aard van een vordering zich tegen overdracht of verpanding verzet, lijkt mede om deze reden niet te geven.

Vorderingen die naar hun aard niet overdraagbaar zijn, zullen vrijwel steeds ook niet verpandbaar zijn,⁸⁵ ook als art. 3:81 lid 1 BW en 3:228 BW niet zouden bepalen dat onoverdraagbare vorderingen niet voor verpanding vatbaar zijn. Dat is echter geen reden om onoverdraagbaarheid als gevolg van de aard van een vordering niet te onderscheiden van onverpandbaarheid als gevolg van de aard van een vordering.

6.4.4 Overeengekomen onverpandbaarheid

145. *Partijen bepalen de verpandbaarheid van vorderingen uit hun overeenkomst.* Wat partijen met betrekking tot de inhoud van de uit hun overeenkomst voortvloeiende vorderingen overeenkomen, speelt zich volledig af in de verbintenisrechtelijke sfeer, zodat de mogelijkheden die partijen daartoe hebben volledig door het verbintenissenrecht worden bepaald. Op grond van de partij-autonomie en de daaruit voortvloeiende contractsvrijheid hebben zij daarbij een grote vrijheid. Mits partijen blijven binnen de grenzen van de wet, de openbare orde en de goede zeden⁸⁶ en mits de verbintenissen die zij op zich nemen voldoende bepaalbaar zijn,⁸⁷ kunnen partijen de inhoud van de vorderingen uit hun overeenkomst volledig zelf bepalen.

Het staat partijen vrij om te bepalen dat een uit hun overeenkomst voortvloeiend vorderingsrecht niet overdraagbaar en/of niet verpandbaar is. Partijen kunnen de overdracht of verpanding van vorderingsrechten niet alleen uitsluiten, maar ook beperken.⁸⁸ Zij kunnen bijvoorbeeld overeenkomen dat een vorderingsrecht uitsluitend in zijn geheel mag worden overgedragen, of uitsluitend aan een partij die bepaalde eigenschappen heeft. Ook hebben partijen de vrijheid om overeen te komen dat

84 Zo ook Wiarda 1937, p. 373-374.

85 Zo ook Asser/Mijnssen/Van Velten/Van Mierlo 3-III 2003, nr. 102a.

86 Art. 3:40 BW.

87 Art. 6:227 BW.

88 Zo ook Verhagen en Rongen 2000, p. 110-112 en Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 67.

een vordering onoverdraagbaar is, maar wel kan worden verpand, zij het dat naar geldend recht een onoverdraagbare vordering niet kan worden verpand.⁸⁹

146. *Vatbaarheid voor overdracht of verpanding als eigenschap van de vordering.* Partijen kunnen een onoverdraagbaarheidsbeding uitsluitend obligatoire werking geven.⁹⁰ In dat geval kan een overdracht in strijd met dit beding wel tot overgang van de vordering leiden. Dat de schuldeiser in dat geval tekortschiet jegens de schuldenaar doet daar niets aan af. Dat partijen zich uitsluitend verbintenisrechtelijk hebben willen binden en de onoverdraagbaarheid of onverpandbaarheid niet tot inhoud van de vordering hebben willen maken ligt echter niet voor de hand. Zonder aanwijzingen in die richting moet het er voor worden gehouden dat partijen een dergelijk beding tot de inhoud van de vordering hebben willen maken.

Verbinden partijen zich niet (alleen) jegens elkaar om een vordering niet over te dragen, maar komen zij overeen dat een vordering onoverdraagbaar is, dan maakt deze onoverdraagbaarheid deel uit van de inhoud van de vordering; het wordt een eigenschap van de vordering als object.⁹¹ Omdat dit object voor derden, zoals pandhouders en beslagleggers, een voldongen feit is waar zij geen invloed op hebben, heeft dit beding ook werking tegenover derden:⁹² het heeft goederenrechtelijk effect.⁹³ Hebben partijen bedongen dat een vordering niet kan worden overgedragen, dan is overdracht ervan onmogelijk; een subject kan niet meer rechten overdragen dan waarvan hij de rechthebbende is.⁹⁴ Partijen kunnen vorderingsrechten uit hun overeenkomst op deze wijze tot hoogstpersoonlijke rechten maken, rechten die uitsluitend tussen deze partijen bestaan.⁹⁵ Een wettelijke grondslag voor het goederenrechtelijk effect van

89 Zie hiervóór par. 6.4.1.

90 Zo ook M.H.E. Rongen in zijn noot in JOR en H.J. Snijders in zijn noot in NJ onder HR 17 januari 2003, JOR 2003/52, NJ 2004, 281 (Oryx/Van Eesteren) en Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr. 202b.

91 Aldus ook Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 57.

92 Zo ook Van Achterberg 1999, nr. 4, Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 47-49 en Van Engelen 2003. Dit vloeit ook voort uit HR 5 november 1993, NJ 1994, 640 m.nt. HJS (Ontvanger/Bartering).

93 Zie Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 61. Vgl. ook HR 20 januari 1984, NJ 1984, 512 m.nt. G (Ontvanger/Barendregt), waarin de Hoge Raad oordeelde dat tussen een schuldeiser en een schuldenaar vóór een op een vordering gelegd beslag gemaakte bedingen aan de beslaglegger kunnen worden tegengeworpen.

94 Zie HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171 m.nt. PvS (Van Schaik q.q./ABN AMRO). Zo ook reeds Wiarda 1937, p. 368-369.

95 Vgl. Wiarda 1937, p. 367.

een onoverdraagbaarheidsbeding is niet vereist;⁹⁶ art. 3:83 lid 2 BW, dat bepaalt dat de overdraagbaarheid van een vordering door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar kan worden uitgesloten, is zo gezien een overbodige bepaling.⁹⁷

Wat partijen ten aanzien van de (on)overdraagbaarheid en/of de (on)verpandbaarheid van een vordering zijn overeengekomen moet door uitleg van hun overeenkomst worden vastgesteld.

147. *Onverpandbaarheid van een overdraagbare vordering.* In paragraaf 6.4.1 werd geconcludeerd dat naar geldend recht een onoverdraagbare vordering niet vatbaar is voor verpanding. In die paragraaf werd voorgesteld onoverdraagbare vorderingen in beginsel wel vatbaar voor verpanding te doen zijn. Wordt verpandbaarheid van onoverdraagbare vorderingen door de wetgever mogelijk gemaakt, dan kunnen partijen overeenkomen dat een vordering uit hun overeenkomst niet overdraagbaar, maar wel verpandbaar zal zijn. In dat geval is een vordering niet onverpandbaar om de enkele reden dat de onoverdraagbaarheid ervan bedongen is. Mijnsen stelt weliswaar dat een beding van onoverdraagbaarheid altijd zo moet worden uitgelegd dat het mede beoogt verpanding uit te sluiten,⁹⁸ maar een dergelijke absolute uitlegregel past niet in ons flexibele overeenkomstenrecht.

Voor de volledigheid zij nog opgemerkt dat naar geldend recht partijen wel de mogelijkheid hebben een overdraagbare vordering door een daartoe strekkend beding onverpandbaar te doen zijn. Geen dwingende wetsbepaling verzet zich hiertegen.⁹⁹

6.4.4.1 Inning en verhaal door een beslaglegger of een curator

148. *Geen immuniteit voor (faillissements)beslag.* Opmerking verdient dat partijen door een tussen hen gemaakt beding niet kunnen verhinderen dat een vordering wordt geïnd door een beslaglegger of een faillissementscurator, noch dat op het aldus geïnde verhaal wordt genomen. Partijen kun-

96 Zie voornoemd arrest Van Schaik q.q./ABN AMRO. Zie ook Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 186-187.

97 Anders Verhagen en Rongen 2000, p. 99-100. Zij lijken de opvatting te huldigen dat voor goederenrechtelijke werking van een onoverdraagbaarheidsbeding een wettelijke grondslag vereist is.

98 Asser/Mijnsen/Van Velten/Van Mierlo 3-III 2003, nr. 102a.

99 Zo ook Asser/Mijnsen/Van Velten/Van Mierlo 3-III 2003, nr. 102a, Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 66-67 en M.H.E. Rongen in zijn noot in JOR onder HR 17 januari 2003, JOR 2003/52, NJ 2004, 281 m.nt. HJS (Oryx/Van Eesteren)

nen weliswaar overeenkomen dat een vordering niet door een derde kan worden geïnd, maar een dergelijk beding is nietig voor zover het inning en verhaal door (de gezamenlijke) schuldeisers door middel van een (faillissements)beslag beoogt uit te sluiten.¹⁰⁰

Art. 3:276 BW bepaalt dwingend dat het gehele vermogen van een schuldenaar aan verhaal door zijn schuldeisers bloot staat, tenzij de wet of een overeenkomst tussen de schuldeiser en de schuldenaar anders bepaalt. Een beding dat inning door een derde beoogt uit te sluiten, sluit weliswaar verkoop van de vordering door een curator of beslaglegger niet uit, maar een vordering die niet door een derde kan worden geïnd zal geen verkoopwaarde hebben en zou, als een dergelijk beding werking jegens een beslaglegger of curator zou hebben, uitwinning door een beslaglegger of een curator toch illusoir kunnen maken. Aannemelijk is dat een beding waarin inning van een vordering door een beslaglegger of een faillissementscurator is uitgesloten, nietig is op grond van art. 3:276 BW.¹⁰¹

Voor de goede orde zij er nog op gewezen dat in de tekst van art. 3:276 BW weliswaar niet is opgenomen dat uitsluitend een beding tussen een schuldenaar en zijn schuldeiser verhaal door die schuldeiser kan uitsluiten, en derhalve niet een beding tussen een schuldenaar en een derde zoals een andere schuldeiser of een debiteur van een vordering, maar uit de wetsgeschiedenis blijkt dat deze bepaling wel zo moet worden uitgelegd.¹⁰²

6.4.4.2 Derdenbescherming

149. *Het alsnog overeenkomen van overdraagbaarheid en verpandbaarheid.* Nu volgens de normale uitlegregels voor overeenkomsten moet worden bepaald of een vordering onverpandbaar is, kan het voor derden, zoals potentiële pandhouders, lastig zijn om vast te stellen of een vordering onverpandbaar is als gevolg van hetgeen partijen zijn overeengekomen.¹⁰³ De potentiële pandhouder die twijfelt of een vordering kan worden ver-

100 In deze zin Parl. Gesch. Boek 3, p. 314 en Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr. 202a.

101 Zo ook Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 170-171.

102 Parl. Gesch. Boek 3, p. 856.

103 Vgl. HR 16 mei 2003, JOR 2003/184, NJ 2004, 183 m nt WMK (De Liser de Morsain/Rabobank). Zie in het bijzonder r.o. 4.4 van dit arrest, alsmede de annotatie van Vriesendorp 2003a in AA. Zie over de uitleg van pandaktes hierna par. 7.5.1.

pand, kan die twijfel weg laten nemen door de debiteur en de crediteur van de te verpanden vordering te laten verklaren dat de vordering kan worden (overgedragen en) verpand. Niets staat er aan in de weg dat de partijen bij een overeenkomst (de debiteur en de crediteur) door een wijziging van die overeenkomst de inhoud van een uit die overeenkomst voortvloeiende vordering wijzigen. Een krachtens beding onverpandbare vordering kan door een nieuw beding tussen schuldeiser en schuldenaar alsnog verpandbaar worden gemaakt en vice versa.¹⁰⁴ Wel zal de debiteur hierdoor met (het voornemen tot) verpanding van de vordering bekend raken, hetgeen voor de pandgever onwenselijk kan zijn.

Omdat een krachtens partijbeding onoverdraagbare vordering naar geldend recht onverpandbaar is, doet de pandhouder die zekerheid wil hebben er verstandig aan om niet alleen te laten verklaren dat de vordering verpandbaar is, maar de debiteur en de crediteur tevens te laten verklaren dat zij overdraagbaar is.

150. *Geen beschikkingsonbevoegdheid.* Bedongen onoverdraagbaarheid casu quo onverpandbaarheid leidt niet tot onbevoegdheid van de crediteur van de vordering om deze over te dragen casu quo te verpanden, maar tot de onmogelijkheid van overdracht casu quo verpanding van de vordering. De pandhouder kan daardoor geen derdenbescherming ontleenen aan art. 3:88 BW, dat de pandhouder in verbinding met art. 3:239 lid 4 BW in bepaalde gevallen beschermt tegen beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever.

151. *Art. 3:36 BW.* De pandhouder is voor derdenbescherming aangewezen op art. 3:36 BW.¹⁰⁵ Art. 3:36 BW beschermt de pandhouder tegen onverpandbaarheid van een vordering indien hij in redelijk vertrouwen is afgegaan op verklaringen of gedragingen waaruit hij mocht afleiden dat de vordering wel verpandbaar was en indien voldaan is aan de overige in het artikel genoemde vereisten. De pandhouder moet zijn afgegaan op verklaringen of gedragingen van degene tegenover wie hij zich op derdenbescherming beroept.

In de praktijk zal de pandhouder zich niet (alleen) tegenover de pandgever, maar (ook) tegenover de debiteur van de verpande vordering op zijn pandrecht willen beroepen, zodat hij de debiteur tot betaling kan

104 Idem Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 48-49.

105 Vgl. HR 17 januari 2003, JOR 2003/52 m.nt. M.H.E. Rongen, NJ 2004, 281 m.nt. HJS (Oryx/Van Eesteren).

aanspreken. Wil het beroep op derdenbescherming van de pandhouder jegens de debiteur kans van slagen hebben dan moet de pandhouder in redelijk vertrouwen zijn afgegaan op verklaringen en gedragingen van de debiteur. Verklaringen en gedragingen van de pandgever regaderen de debiteur niet en bieden de pandhouder niet de bescherming die hij zoekt, namelijk de bescherming waaraan hij tegenover de debiteur de positie van pandhouder kan ontlene, zodat hij de vordering kan innen of executeren en zich met voorrang op de opbrengst kan verhalen.¹⁰⁶ In veel situaties zal van gedragingen of verklaringen van de debiteur waar de pandhouder op heeft vertrouwd geen sprake zijn, om de reden dat de pandhouder ten tijde van de vestiging van het pandrecht uitsluitend contact heeft met de pandgever en niet met de debiteur.

Een bijkomend probleem van de pandhouder kan zijn dat hij er in een aantal gevallen op bedacht kan zijn dat de pandgever en de debiteur onverpandbaarheid zijn overeengekomen. In die gevallen zal zijn vertrouwen op verpandbaarheid niet snel gerechtvaardigd zijn.¹⁰⁷ Zo is het niet ongebruikelijk om in levensverzekeringsovereenkomsten op te nemen dat de rechten uit de overeenkomst niet of niet zonder toestemming van de verzekeraar mogen worden overgedragen of met een beperkt recht belast.¹⁰⁸ Veel professionele financiers zullen met dit gebruik bekend zijn.

Uit de wetsgeschiedenis van art. 3:36 BW blijkt dat een derde aan verklaringen of gedragingen die niet tot hem zijn gericht, niet snel het gerechtvaardigde vertrouwen kan ontlene dat een vordering niet door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar onverpandbaar is; het risico dat hij de rechtsbetrekking tussen pandgever en schuldenaar niet volledig kent is in beginsel voor zijn rekening.¹⁰⁹ Ook hier geldt dat het enkele feit dat een overeenkomst gevolgen heeft voor een derde, alsmede dat die derde de inhoud van de overeenkomst niet altijd zal kennen, niets afdoet aan de inhoud van die overeenkomst en niet van invloed is op de wijze waarop die inhoud moet worden vastgesteld.¹¹⁰

Gerechtvaardigd vertrouwen wordt sneller aangenomen indien de derde afgaat op een schriftelijk bewijsstuk van de vordering waarin de onverpandbaarheid niet is vermeld.¹¹¹ Hierbij zal een rol spelen dat een

106 Zo ook Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 91 en P-G Hartkamp in zijn conclusie vóór het arrest Oryx/Van Eesteren

107 Vgl. Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 86.

108 Zie Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr. 202.

109 Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 180.

110 Zie par. 7.5.1 hierna.

111 Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 180. Zo ook Verhagen en Rongen 2000, p. 116.

dergelijk stuk veelal mede bedoeld is om niet alleen partijen, maar ook derden inzicht in het bestaan en de kwaliteit van een vordering te verschaffen.

6.4.4.3 Beperking van de mogelijkheid om een vordering onoverdraagbaar en/of onverpandbaar te maken?

152. *Het ontkrachten van onverpandbaarheidsbedingen vergt ingrijpen van de wetgever.* In de literatuur is er veelvuldig voor gepleit om de mogelijkheden om vorderingen onoverdraagbaar en/of onverpandbaar te maken te beperken. Voor mij staat vast dat beperking van de mogelijkheden van partijen om hun uit overeenkomst voortvloeiende vorderingen onoverdraagbaar en/of onverpandbaar te maken een dwingende wetsbepaling vergt. Het schrappen van de in art. 3:83 lid 2 BW gecodificeerde mogelijkheid om overdracht van vorderingen met goederenrechtelijk effect uit te sluiten, volstaat daarbij niet. Het staat partijen immers vrij om, ook zonder dat zulks zou zijn gecodificeerd, binnen de grenzen van de wet hun vordering onoverdraagbaar en/of onverpandbaar te maken.¹¹² Om aan onoverdraagbaarheids- en/of onverpandbaarheidsbedingen hun werking te ontnemen, zou de wetgever moeten bepalen in welke gevallen en/of in hoeverre dergelijke bedingen al dan niet het beoogde effect hebben.

153. *Partij-autonomie en de belangen van de debiteur.* Een dergelijk ingrijpen in de partij-autonomie is naar mijn mening uitsluitend geboden als daar redenen voor zijn die zwaarder wegen dan de vrijheid van partijen om hun verbintenisrechtelijke betrekkingen vorm te geven. Deze vrijheid van schuldeisers en schuldenaren om de vorderingen uit hun overeenkomsten onoverdraagbaar en/of onverpandbaar te maken moet worden afgewogen tegen de belangen van beoogde cessionarissen en pandhouders. Als uitgangspunt geldt dat derden de verbintenisrechtelijke betrekkingen van partijen bij een overeenkomst hebben te nemen zoals die zijn, juist omdat zij daarbij geen partij zijn. Dat zij belanghebbende zijn is op zichzelf onvoldoende reden voor invloed van hun belangen op die betrekkingen, net zomin als het een reden is voor een andere (methode van) uitleg van die betrekkingen.¹¹³

Daarbij moet in ogenschouw worden genomen dat de debiteur van een vordering er belang bij kan hebben om overdracht of verpanding van

112 Zie hiervóór par. 6.4.4.

113 Vgl. par. 7.5.1 hierna.

een vordering op hem te voorkomen dan wel te beperken. De debiteur die vele schuldeisers heeft wil mogelijk niet het risico lopen dat hij na betaling aan de (oorspronkelijke) schuldeiser nogmaals moet betalen omdat hij een mededeling van een verpanding of een overdracht over het hoofd heeft gezien, of hij wil de kosten vermijden die hij zou moeten maken om zulks te voorkomen. Een debiteur kan er ook belang bij hebben dat hij niet beperkt wordt in zijn mogelijkheden om zich met betrekking tot (toekomstige) vorderingen op zijn crediteur op verrekening te beroepen.¹¹⁴ Hij kan daarnaast vrezen dat een cessionaris of pandhouder zich minder coulant jegens hem zal opstellen, bijvoorbeeld omdat hij met hem, anders dan met de crediteur, geen duurzame relatie heeft die beide partijen willen behouden.¹¹⁵

154. *Discussie.* Rechtvaardigen de in de literatuur aangevoerde argumenten om de mogelijkheden tot het bij overeenkomst onoverdraagbaar en/of onverpandbaar maken van vorderingen te beperken dwingend ingrijpen van de wetgever? Eén van die argumenten is dat onoverdraagbaarheid en/of onverpandbaarheid van vorderingen de mogelijkheden van de rechthebbende ervan om zijn vorderingen door verkoop (en overdracht) of door verpanding liquide te maken teveel beperken.¹¹⁶

Bij kredietverlening door banken en factormaatschappijen met als onderpand een vorderingenportefeuille is sprake van een reëel probleem, zo is mij uit de praktijk bekend. Onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen worden veelvuldig opgenomen in algemene voorwaarden. Vorderingenportefeuilles die als onderpand voor een financiering aan een onderneming dienen, plegen te bestaan uit vorderingen op vele verschillende debiteuren. Bovendien plegen dergelijke portefeuilles voortdurend te fluctueren doordat bestaande vorderingen worden voldaan en nieuwe vorderingen ontstaan. Onderzoek van een pluriforme en voortdurend van samenstelling veranderende vorderingenportefeuille, teneinde te bepalen welk deel van die portefeuille (niet) kan worden overgedragen of verpand, is vrijwel niet uitvoerbaar; veel verschillende overeenkomsten en van toepassing verklaarde algemene voorwaarden zouden moeten worden onderzocht. Financiers kunnen weliswaar hun cliënten verplichten (en factormaatschappijen plegen dat ook te doen) om geen

114 Vgl. par 10.5 hierna

115 Vgl. Verhagen en Rongen 2000, p. 101

116 Zie Verhagen en Rongen 2000, p. 101, Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 70-71 en Rongen in zijn noot in JOR onder het arrest Oryx/Van Eesteren

onoverdraagbaarheid en onverpandbaarheid met hun schuldenaren overeen te komen, maar deze cliënten hebben niet altijd voldoende 'marktmacht' om van hun schuldenaren af te dwingen dat zij van onoverdraagbaarheid en onverpandbaarheid afzien.

Ook bij securitisatietransacties kan dit probleem zich voordoen. Hoe groot het probleem bij dergelijke transacties is, hangt af van de samenstelling van de vorderingenportefeuille die wordt gesecuritiseerd. Is sprake van een uniforme vorderingenportefeuille dan kan eenvoudig worden onderzocht of sprake is van een cessie- en/of verpandingsverbod. In veel gevallen zal de vervreemder/pandgever een partij zijn die bekend is met de consequenties van een dergelijk verbod, zodat hij dat niet zal overeenkomen.¹¹⁷

Een ander argument is dat onoverdraagbaarheid casu quo onverpandbaarheid van vorderingen verstrekkende gevolgen heeft voor beoogde verkrijgers casu quo pandhouders.¹¹⁸ Dit argument is juist. Daar staat echter tegenover dat een zeker risico met betrekking tot de 'onzichtbare' kwaliteit van het goed inherent is aan vorderingen en dat die kwaliteit voor wat betreft vorderingen uit overeenkomst nu eenmaal mede afhankelijk is van wat de schuldeiser en de debiteur zijn overeengekomen.

Als argument voor beperking van de mogelijkheden tot het onoverdraagbaar en onverpandbaar maken van vorderingen is ook aangevoerd dat de debiteur van de vordering ook als hij onoverdraagbaarheid en onverpandbaarheid bedongen heeft met een andere 'inner' van de vordering te maken kan krijgen dan zijn (oorspronkelijke) schuldeiser, zoals een deurwaarder in geval van beslag, een faillissementscurator of een lasthebber.¹¹⁹ Uit de wet volgt immers dat een beding dat de vordering niet door een derde kan worden geïnd, niet aan een deurwaarder casu quo een curator kan worden tegengeworpen. Daar zijn echter goede gronden voor: hierdoor wordt voorkomen dat goederen op (te) eenvoudige wijze aan verhaal kunnen worden onttrokken.¹²⁰ Voor lastgeving geldt mijns inziens dat een schuldenaar en een schuldeiser kunnen overeenkomen dat de schuldeiser de vordering niet door een lasthebber zal laten innen, waarna de schuldenaar betaling aan een lasthebber van de schuldeiser mag weigeren. Hetzelfde geldt mijns inziens voor inning door een gevolmachtigde.

117 In dezelfde zin Bartels 2003, p. 68.

118 Vgl. Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 71.

119 Vgl. Vriesendorp 1996, p. 106, alsmede Vriesendorp 2003b in zijn annotatie in AA van het arrest Oryx/Van Eesteren.

120 Zie hiervoor par. 6.4.4.1, alsmede Parl. Gesch. Boek 3, p. 856.

Een krachtig argument voor een beperking van de mogelijkheden om vorderingen onverpandbaar te maken, is dat het eigenaren van vorderingen vrij moet staan om door het vestigen van pandrechten de rangorde bij verhaal op die vorderingen door hun crediteuren te bepalen. De regeling van het pandrecht is daar primair voor bedoeld. De vrijheid om aan crediteuren voorrang bij verhaal te verlenen zou dan moeten prevaleeren boven de vrijheid van debiteuren en crediteuren om vorderingen door een tussen hen gemaakt beding onverpandbaar te maken.

De internationale ontwikkelingen tenderen in de richting van beperking van de mogelijkheden om vorderingen door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar onoverdraagbaar te maken, zodat de kans bestaat dat Nederland zich met de onbeperkte mogelijkheid om de overdracht en de verpanding van vorderingen uit te sluiten isoleert.¹²¹ Deze ontwikkelingen dienen in de te maken afweging over de beperking van de werking van cessie- en verpandingsverboden een rol te spelen. Opmerking verdient daarbij dat het Engelse recht aan cessieverboden wel derdenwerking verleent.¹²²

Dalhuisen heeft betoogd dat een debiteur van een vordering die tot zekerheid wordt gecedeerd (bedoeld zal zijn: verpand) zelf krediet geniet, dat een dergelijk krediet gefinancierd moet worden en dat hij daarom moet accepteren dat de vordering waarvan hij de schuldenaar is daarvoor in zekerheid wordt gegeven.¹²³ Ook dit is een krachtig argument.¹²⁴ Opmerking verdient wel dat men deze redenering ook kan omkeren: het staat een debiteur vrij om te bedingen dat een vordering op hem niet verpandbaar zal zijn. Hij dient er echter rekening mee te houden dat een dergelijk beding de bereidheid van zijn schuldeiser om hem krediet te verschaffen kan beperken, omdat zijn schuldeiser bij het liquide maken van zijn vordering op hem problemen kan ondervinden.

121 Vgl. Vriesendorp 2003b, p. 194 in zijn annotatie in AA van het arrest Oryx/Van Eesteren en H.J. Snyders in zijn noot in NJ onder hetzelfde arrest. Vriesendorp en Snyders verwijzen naar het UNCITRAL Verdrag inzake cessie van vorderingen in internationale handel (te raadplegen via de website van UNCITRAL <<http://www.uncitral.org>>) en het Unidroit-verdrag inzake factoring (te raadplegen via de website van Unidroit <<http://www.unidroit.org>>). Vriesendorp verwijst ook naar enkele Europese rechtssystemen die het effect van cessieverboden jegens derden beperken (Belgie, Duitsland en Italië).

122 Vgl. Vriesendorp 2003b, p. 194 in zijn annotatie in AA van het arrest Oryx/Van Eesteren. Zie ook nr. 9 van de conclusie van P.-G. Hartkamp voor het arrest.

123 Dalhuisen 2003, p. 32 en 72.

124 Keijser en Verdaas 2003, p. 291-297.

155 *Wetswijziging* De argumenten vóór beperking van de mogelijkheden om vorderingen krachtens partijbeding onoverdraagbaar en/of onverpandbaar te maken, gelden met name voor geldvorderingen van en op professionele partijen, partijen die geen natuurlijke personen zijn die niet handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf. Er is onvoldoende reden om de bescherming die onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen kunnen bieden te onthouden aan debiteuren die als natuurlijke personen niet handelen in de uitoefening van hun beroep of bedrijf, of aan debiteuren van bijvoorbeeld een vordering tot levering van een goed.

Mijn conclusie luidt dat de wetgever zou moeten bepalen dat onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen tussen partijen die beiden geen natuurlijke personen zijn die niet handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf, geen goederenrechtelijk effect hebben als zij betrekking hebben op geldvorderingen. Daarbij zou de wetgever wel een uitzondering moeten maken voor categorieën van vorderingen waarvoor het wel wenselijk is dat zij door een beding onoverdraagbaar en/of onverpandbaar kunnen worden gemaakt. Een voorbeeld is de vordering van een onderaannemer op een aannemer. Gelet op de ketenaansprakelijkheid van aannemers voor belasting- en premieschulden van onderaannemers, heeft een aannemer er een te beschermen belang bij dat hij de vordering van zijn onderaannemer bevrijdend kan voldoen door betaling op diens G-rekening. Bevrijdende betaling op een G-rekening is niet mogelijk als de vordering van de onderaannemer is overgedragen of verpand aan een derde.¹²⁵

125 Zie art. 35 Invorderingswet 1990. H. J. Snijders heeft hierop gewezen in zijn noot in NJ onder het arrest Oryx/Van Eesteren.

HET BEPAALDHEIDSVEREISTE

7.1 Inleidende opmerkingen

156. *De ontwikkeling van het bepaaldheidsvereiste.* Het bepaaldheidsvereiste is een fundamentele regel van ons vermogensrecht. Zowel persoonlijke rechten als rechten op goederen zijn niet goed denkbaar als de inhoud van die rechten niet duidelijk is.

Onder het vóór 1992 geldende recht was niet geheel duidelijk wanneer een omschrijving van vorderingen in een akte van cessie voldeed aan het bepaaldheidsvereiste. Vrij algemeen werd echter aangenomen dat met een zeer algemene omschrijving van te cederen vorderingen in een akte van cessie kon worden volstaan.¹

Rond de invoering van de huidige wettelijke regeling van het stil pandrecht op vorderingen in 1992 is de nodige onzekerheid ontstaan over de criteria aan de hand waarvan moet worden vastgesteld of te verpanden vorderingen in voldoende mate zijn bepaald. Er werd bijvoorbeeld betwijfeld of met een globale omschrijving van te verpanden vorderingen in een pandakte voldaan kon worden aan het vereiste dat de te verpanden vorderingen in voldoende mate zijn bepaald. Aanvankelijk werd wel betoogd dat specificatie van de te verpanden vorderingen in de pandakte noodzakelijk was. Nadat dit standpunt door de Hoge Raad in het arrest Spaarbank Rivierenland/Gispen q.q.² was afgewezen, werd wel gedacht dat specificatie van de te verpanden vorderingen in een document waarnaar in de pandakte werd verwezen noodzakelijk was.

Een mogelijke oorzaak van deze onzekerheid over het bepaaldheidsvereiste is dat onder het oude recht voor vorderingen die ten tijde van de cessie nog moesten ontstaan, werd aangenomen dat deze uitsluitend voldoende bepaald waren indien zij hun onmiddellijke grondslag hadden in een ten tijde van de cessie reeds bestaande rechtsverhouding.³ Naar huidig recht geldt, dat op toekomstige vorderingen uitsluitend een

1 Vgl. Wiarda 1937, p. 114.

2 HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 m.nt. WMK.

3 HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 m.nt. WMK (Curatoren Solleveld/Bouwman).

stil pandrecht kan worden gevestigd als deze rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding.⁴ Dit vereiste vloeit thans echter niet voort uit het bepaaldheidsvereiste, maar uit de wet.⁵

Een andere mogelijke oorzaak is dat zowel onder het oude recht als onder het huidige recht, in geval van kredietverlening door banken met vorderingen als onderpand, de in zekerheid te geven vorderingen in periodiek aan de bank te zenden zogenoemde cessie- of pandlijsten nauwkeurig gespecificeerd plegen te worden. Bij de bepaling van de kwaliteit en de totale omvang van de in zekerheid gegeven vorderingen houden banken van oudsher begrijpelijkerwijs uitsluitend rekening met de aldus gespecificeerde vorderingen. Door deze praktijk ontstond mogelijk het idee dat specificatie van te verpanden vorderingen noodzakelijk is. De onzekerheid werd nog vergroot door publicaties waarin werd gepleit voor een streng bepaaldheidsvereiste,⁶ nu in deze publicaties het geldende en het voor de auteur wenselijke recht niet voor eenieder duidelijk werden onderscheiden.⁷

In een aantal arresten heeft de Hoge Raad inmiddels uitgemaakt dat voor het huidige recht voor wat betreft de omschrijving van een te verpanden vordering in de pandakte is voldaan aan het bepaaldheidsvereiste indien en voor zover uitleg van die omschrijving leidt tot de conclusie dat deze vordering is bedoeld en de vordering, ten laatste op het moment waarop het pandrecht op de vordering ontstaat, individualiseerbaar is.⁸

157. *Plan van behandeling.* Het bepaaldheidsvereiste hangt nauw samen met de omschrijving van de te verpanden vorderingen in de titel die aan de vestiging van het pandrecht ten grondslag ligt en met de omschrijving van de te verpanden vorderingen in de pandakte. Afgezien van de andere vereisten die aan de geldige vestiging van een pandrecht worden gesteld, zijn de vereisten die het recht aan die omschrijvingen stelt en de gevolgen die het recht eraan verbindt, bepalend voor de antwoorden op de vragen welke vorderingen kunnen worden verpand casu quo welke vorderingen zijn verpand. Dit zijn de vragen die in dit hoofdstuk worden

4 Art. 3:239 lid 1 BW.

5 Vgl. Verdaas 2002b, p. 48.

6 Struycken 1997 en Struycken 1999.

7 Zo ook Kortmann en Faber 1999

8 Het duidelijkst heeft de Hoge Raad zich hierover uitgelaten in de arresten HR 21 december 2001, JOR 2002/38 m.nt. NEDF en m.nt. Steef M. Bartman, NJ 2005, 96 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Sobi/Hurks II), HR 20 september 2002, JOR 2002/211 m.nt. NEDF, NJ 2004, 182 m.nt. WMK (Mulder q q./Rabobank) en HR 16 mei 2003, JOR 2003/184, NJ 2004, 183 m.nt. WMK (De Liser de Morsain/Rabobank).

onderzocht. Achtereenvolgens zal aandacht worden besteed aan de omschrijving van de te verpanden vorderingen in de titel (paragraaf 7.2), de omschrijving van de te verpanden vorderingen in de pandakte (paragraaf 7.3), de mogelijkheid om een aantal vorderingen te verpanden tot een lager totaalbedrag dan het gezamenlijke beloop van die vorderingen (paragraaf 7.4) en de wijze waarop uiteindelijk moet worden vastgesteld welke vorderingen zijn verpand (paragraaf 7.5).

7.2 Omschrijving van de te verpanden vordering in de titel

158. *Bepaalbaarheid van verbintenissen.* Een rechtsgeldige vestiging van een pandrecht vereist een geldige titel, een rechtsgrond die de verpanding rechtvaardigt.⁹ In het algemeen zal dit een verbintenis uit een overeenkomst zijn waarin de vestiging van het pandrecht is overeengekomen. Deze verbintenis rechtvaardigt de vestiging van het pandrecht doordat deze daartoe verplicht.

Iedere verbintenis dient te voldoen aan het vereiste dat deze voldoende *bepaalbaar* is.¹⁰ Dit verbintenisrechtelijke bepaalbaarheidsvereiste is gecodificeerd in art. 6:227 BW. Een verbintenis is voldoende bepaalbaar indien haar inhoud kan worden vastgesteld, zodat kan worden bepaald waartoe zij verplicht. Een verbintenis die onvoldoende bepaalbaar is, is onbestaanbaar en kan derhalve geen geldige titel van verpanding opleveren.

De verbintenis hoeft niet reeds op het moment van het ontstaan van de verbintenis, veelal het sluiten van de overeenkomst, voldoende *bepaald* te zijn. Op dat moment is voldoende dat de verbintenis voldoende *bepaalbaar* is. Voldoende *bepaalbaar* is een verbintenis als deze een zodanige inhoud heeft dat zij, ten laatste op het moment waarop gepresteerd moet worden, voldoende bepaald *kan* zijn.¹¹

159. *Verbintenis tot overdracht of vestiging van een beperkt recht.* Een verbintenis tot overdracht van een goed of de vestiging van een beperkt recht zoals een pandrecht voldoet derhalve aan het bepaalbaarheidsvereiste als

9 Art. 3:84 lid 1 jo. 3:98 BW.

10 Zie over dit verbintenisrechtelijke bepaalbaarheidsvereiste Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 23 en Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 224-237. Zie over het verbintenisrechtelijke bepaalbaarheidsvereiste in relatie tot de verpanding van vorderingen Verdaas 2001, p. 215-217.

11 Vgl. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1123 en Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 224-225.

deze ten laatste op het moment van de overdracht van het goed of de vestiging van het recht voldoende bepaald kan zijn. Voldoende bepaalbaar is bijvoorbeeld een verbintenis die X verplicht tot verpanding aan Y, uiterlijk dertig dagen na het sluiten van de overeenkomst waaruit deze verbintenis is ontstaan, van één vordering, door A te kiezen uit de tien vorderingen die X op het moment van het aangaan van de overeenkomst heeft op B. Deze verbintenis is voldoende bepaalbaar om de reden dat zij op het moment waarop het pandrecht gevestigd dient te worden, uiterlijk dertig dagen na het sluiten van de overeenkomst, voldoende bepaald *kan* zijn. Zij dient uiterlijk dertig dagen na het sluiten van de overeenkomst voldoende bepaald te zijn om een geldige titel voor de verpanding door X aan Y te kunnen zijn. Deze verbintenis zal voldoende bepaald zijn, indien en zodra A binnen die termijn de door X te verpanden vordering van X op B aanwijst. Doet A zulks, dan is er, aangenomen dat aan de overige aan een geldige titel gestelde vereisten voldaan is, een geldige titel voor de verpanding door X aan Y van de door A aangewezen vordering van X op B. Laat A aanwijzing van één vordering van X op B na, dan vloeit uit de overeenkomst geen geldige titel voor verpanding van enige vordering van X voort.

Het verbintenisrechtelijke bepaalbaarheidsvereiste is voor titels die een overdracht of de vestiging van een beperkt recht rechtvaardigen niet alleen te vinden in art. 6:227 BW, maar eveneens in art. 3:84 lid 2 BW. Het bepaalbaarheidsvereiste in art. 3:84 lid 2 BW stelt geen andere (strengere) eisen aan de bepaalbaarheid daarvan dan art. 6:227 BW.¹² Toch is het in art. 3:84 lid 2 BW bepaalde geen overbodige herhaling van hetgeen in art. 6:227 BW is bepaald, nu art. 6:227 BW uitsluitend ziet op verbintenissen uit overeenkomsten en art. 3:84 lid 2 BW tevens op verbintenissen uit de wet.

160. *Het obligatoire bepaalbaarheidsvereiste is niet problematisch.* In de praktijk levert het obligatoire bepaalbaarheidsvereiste geen problemen op. Er worden geen hoge eisen aan gesteld.¹³ Partijen zullen er bij het sluiten van een overeenkomst tot verpanding van vorderingen meer of minder bewust wel voor zorgen dat vaststaat of vast kan komen te staan tot verpanding van welke vorderingen die overeenkomst verplicht. Wel dient de pandhouder er voor te waken dat de te verpanden vorderingen in de titel niet beperkter worden omschreven dan beoogd. Hij loopt dan namelijk het risico dat de overeenkomst zo wordt uitgelegd dat deze geen geldige

12 Aldus Parl. Gesch. Boek 3, p. 397, Kortmann 1996 in nr. 2 van zijn annotatie van het arrest Spaarbank Rivierenland/Gispén q.q. in AA en Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 316.

13 Zie Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 23.

titel vormt voor vorderingen waarvan de verpanding werd beoogd en ten aanzien waarvan overigens is voldaan aan de aan een rechtsgeldige vestiging van een pandrecht gestelde vereisten, maar die niet 'vallen' onder de omschrijving van de te verpanden vorderingen in de titel. Wordt bijvoorbeeld in een kredietovereenkomst een 'pandrecht op handelsvorderingen' bedongen dan kan deze overeenkomst zo worden uitgelegd dat deze wel een geldige titel vormt voor verpanding van vorderingen op afnemers van de pandgever, maar niet voor verpanding van andere vorderingen, zoals een vordering van de pandgever op de fiscus.

161. *Uitleg.* Een bepaling in een schriftelijke overeenkomst die de titel vormt voor de verpanding van één of meer vorderingen moet worden uitgelegd volgens de Haviltexmaatstaf. Het komt daarbij aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan deze bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij dient rekening te worden gehouden met alle bijzondere omstandigheden van het geval en kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.¹⁴ Er is geen reden om een overeenkomst die de titel voor de verpanding van een vordering bevat volgens een andere maatstaf uit te leggen, zoals een meer objectieve uitleg van de schriftelijke verklaringen van de pandgever en de pandhouder. Dat de overeenkomst mogelijk gevolgen heeft voor derden, zoals bijvoorbeeld de debiteur van een verpande vordering of andere crediteuren van de pandgever dan de pandhouder, is daarvoor onvoldoende reden.¹⁵ Of in een concreet geval voldaan is aan het vereiste van bepaal-

14 Zie HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex) en HR 20 februari 2004, JOR 2004/157 m.nt. SCJJK, NJ 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (Pensioensfonds DSM/Fox).

15 Zie HR 20 september 2002, JOR 2002/210 m.nt. NEDF onder JOR 2002/211, NJ 2002, 610 m.nt. C.E. du Perron (ING/Muller q.q.). Zie voor een voorbeeld van uitleg volgens de Haviltexmaatstaf van een bepaling in een overeenkomst die een titel voor verpanding vormde Rb. Utrecht 10 mei 2006, JOR 2006/274 m.nt. A.J. Verdaas (Van den End q.q./NHO). Voor een meer geobjectiveerde, tekstuele uitleg kan wel aanleiding zijn indien sprake is van een overeenkomst waaraan derden worden gebonden zonder dat zij zijn betrokken bij de totstandkoming ervan, zoals bij Collectieve Arbeidsovereenkomsten en 'trustaktes' bij obligatieleningen. Zie hierover Vriesendorp 2003a in zijn annotatie in AA van het arrest De Liser de Morsan/Rabobank. Zie hierover ook Tanja-van den Broek 2002 en Wissink 2004, alsmede de door deze auteurs genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad. Dat een overeenkomst een derdenbeding bevat is geen reden voor een tekstuele uitleg van de overeenkomst: zie HR 18 oktober 2002, JOR 2002/234 m.nt. B. Wessels, NJ 2003, 503 m.nt. C.E. du Perron (Curatoren Habo/Besix).

baarheid dient aan de hand van de op voornoemde wijze uitgelegde titel te worden vastgesteld.

162. *Conclusie.* Ten aanzien van het obligatoire bepaalbaarheidsvereiste kan de conclusie worden getrokken dat dit geen enkele belemmering vormt voor de verpanding van die (delen van) vorderingen die pandgever en pandhouder beogen te verpanden. Voldoende is dat zij die vorderingen weten te omschrijven in de overeenkomst die de titel voor de verpanding vormt. Het kan daarbij bijvoorbeeld gaan om 'alle vorderingen die de pandgever heeft of zal verkrijgen', of om 'de vorderingen van de pandgever op X tot een bedrag van Y'.¹⁶ Verdergaande vereisten aan de obligatoire bepaalbaarheid dan het geldende recht stelt, behoeven daaraan ook niet te worden gesteld. Dergelijke vereisten zouden een beperking van de contractsvrijheid zijn waarvoor mijns inziens geen aanleiding is. Ik acht het geldende recht in dit opzicht derhalve in overeenstemming met het wenselijke recht.

7.3 Omschrijving van de te verpanden vordering in de pandakte

163. *Bepaaldheid van het object van een goederenrechtelijke rechtshandeling.* Het vereiste van voldoende bepaaldheid geldt niet alleen voor het onderwerp van verbintenisscheppende rechtshandelingen, maar voor het onderwerp of voorwerp van alle rechtshandelingen. Ook het voorwerp van een goederenrechtelijke rechtshandeling, zoals de levering van een goed of de vestiging van een beperkt recht, dient voldoende bepaald te zijn.¹⁷ Stelt het bepaaldheidsvereiste aan het voorwerp van een goederenrechtelijke rechtshandeling, in het bijzonder een te verpanden vordering, andere vereisten dan het obligatoire bepaalbaarheidsvereiste stelt aan het voorwerp van een verbintenisscheppende rechtshandeling?

164. *Art. 3:84 lid 2 BW.* Van het bepaaldheidsvereiste in art. 3:84 lid 2 BW is onduidelijk of dit mede betrekking heeft op bepaaldheid bij een goederenrechtelijke rechtshandeling of uitsluitend ziet op obligatoire bepaalbaarheid, nu de bepaaldheid in deze bepaling expliciet aan de titel gekop-

16 Het geval dat zich voordeed in het arrest HR 19 december 1997, JOR 1998/40 m.nt. J.J. van Hees, NJ 1998, 690 m.nt. WMK (Zuidgeest/Furness). In dit arrest ging het overigens over de vraag of in dat geval was voldaan aan het goederenrechtelijke bepaaldheidsvereiste; zie hierna par. 7.4

17 Vgl. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1123.

peld wordt. H.J. Snijders stelde in 1998 dat het bepaaldheidsvereiste in art. 3:84 lid 2 BW uitsluitend betrekking heeft op de titel in de zin van de tot de overdracht strekkende overeenkomst. Het titelbegrip van lid 2 van art. 3:84 BW zou dezelfde betekenis hebben als dit begrip in de leden 1 en 3 van dat artikel heeft.¹⁸ Ook Hartkamp betreft het bepaaldheidsvereiste van art. 3:84 lid 2 BW uitsluitend op de titel.¹⁹ Diverse andere auteurs betrekken het bepaaldheidsvereiste van art. 3:84 lid 2 BW mede op goederenrechtelijke rechtshandelingen.²⁰

Het arrest Spaarbank Rivierenland/Gispen q.q. lijkt erop te duiden dat deze bepaling ook naar de opvatting van de Hoge Raad uitsluitend ziet op de bepaalbaarheid in de titel.²¹ In de wetsgeschiedenis wordt art. 3:84 lid 2 BW echter ook aan leverings- en vestigingshandelingen gekoppeld.²² In het na het arrest Spaarbank Rivierenland/Gispen q.q. gewezen arrest Mulder q.q./Rabobank²³ heeft de Hoge Raad het bepaaldheidsvereiste van art. 3:84 lid 2 BW voor wat betreft de vestiging van een pandrecht op vorderingen uitdrukkelijk aan de vestigingshandeling gekoppeld.²⁴ Ik concludeer dat art. 3:84 lid 2 BW mede ziet op goederenrechtelijke rechtshandelingen zoals de vestiging van een pandrecht.

165. *Bepaaldheid en bepaalbaarheid bij de vestigingshandeling.* Brengt deze conclusie ons dichter bij het antwoord op de vraag wat de betekenis van het bepaaldheidsvereiste is voor de vestigingshandeling bij de verpanding van vorderingen? De tekst van art. 3:84 lid 2 BW volstaat met ‘volgende bepaaldheid’ en verschaft derhalve geen duidelijkheid. Ook de wetsgeschiedenis geeft geen opheldering. Enerzijds wordt daarin gesteld “Dat voor de zakelijke overeenkomst een iets strikter stelsel geldt (...) [dan voor obligatoire overeenkomsten]”. Anderzijds wordt gesteld dat art. 3:84 lid 2 BW op een ruime uitleg aanspraak kan maken.²⁵

Noch uit de wet, noch uit de wetshistorie kan dus worden afgeleid wat de betekenis van het goederenrechtelijk bepaaldheidsvereiste voor de

18 Snijders 1998.

19 Hartkamp 2005, nr. 92a.

20 In die zin Brahn/Reehuis 1997, nr. 40, Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-1 2006, nr. 214, Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr. 117, Reehuis 2004, nr. 8. en Struycken 2007, p. 790.

21 Aldus Kortmann 1996 in nr. 2 van zijn annotatie in AA van het arrest Spaarbank Rivierenland/Gispen q.q. en Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 316.

22 Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1123 en 1248, laatste alinea.

23 HR 20 september 2002, JOR 2002/211 m.nt. NEDF, NJ 2004, 182 m.nt. WMK.

24 Zie r.o. 3.4. Ook Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 12, ziet in art. 3:84 lid 2 BW mede een goederenrechtelijk bepaaldheidsvereiste.

25 Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1123.

verpanding van vorderingen is. Voor de verpanding van vorderingen is dit vereiste echter in een reeks van arresten ingevuld door de Hoge Raad.

Om misverstanden te voorkomen zij opgemerkt, dat de voor deze vraag van belang zijnde goederenrechtelijke rechtshandeling het opmaken van een authentieke of onderhandse pandakte is en, in geval van een onderhandse akte, registratie daarvan.²⁶ In het arrest Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.²⁷ oordeelde de Hoge Raad dat het voorwerp van deze rechtshandeling de vordering is zoals die in de pandakte is omschreven. De te verpanden vordering dient derhalve in voldoende mate *door* de omschrijving ervan in de pandakte te worden bepaald. Dit betekent niet dat de vordering *in* de akte moet zijn bepaald: "Voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat."²⁸ De hier geciteerde overweging is door de Hoge Raad in een aantal arresten (bijna) letterlijk herhaald.²⁹ De minister van Justitie heeft, bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel waardoor cessie zonder mededeling daarvan aan de debiteur van de vordering mogelijk is gemaakt, blijk gegeven van zijn instemming met deze jurisprudentie.³⁰

De te verpanden vordering hoeft derhalve niet in de akte geïndividualiseerd te zijn, bijvoorbeeld door vermelding van de naam van de debiteur.³¹ Waar het om gaat, is dat de te verpanden vordering met behulp van de pandakte *bepaalbaar* is.³² Zij is dat, indien de omschrijving van de vordering in de pandakte individualisering mogelijk maakt, eventueel met behulp van informatie die niet in de pandakte is opgenomen en zonder dat in de pandakte naar die informatie is verwezen.³³

26 Art 3:239 lid 1 BW

27 HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 m nt WMK

28 R o 42

29 HR 16 juni 1995, NJ 1996, 508 m nt WMK (Ontvanger/Rabobank), HR 20 juni 1997, NJ 1998, 362 m nt WMK, JOR 1997/108 (Wagemakers q q /Rabobank), HR 19 september 1997, JOR 1997/133 m nt S C J J Kortmann (Verhagen q q /INB II), HR 19 december 1997, JOR 1998/40 m nt J J van Hees, NJ 1998, 690 m nt WMK (Zuidgeest/Furness), HR 21 december 2001, JOR 2002/38 m nt NEDE en m nt Steef M Bartman, NJ 2005, 96 m nt S C J J Kortmann (Sobi/Hurks II), HR 20 september 2002, JOR 2002/211 m nt NEDE, NJ 2004, 182 m nt WMK (Mulder q q /Rabobank) en HR 16 mei 2003, JOR 2003/184, NJ 2004, 183 m nt WMK (De Liser de Morsain/Rabobank)

30 Kamerstukken I 2003/04, 28 878, nr C, p 1

31 Zie HR 19 september 1997, JOR 1997/133 m nt S C J J Kortmann (Verhagen q q /INB II)

32 Zo ook Struycken 2007, p 790

33 HR 20 september 2002, JOR 2002/211 m nt NEDE, NJ 2004, 182 m nt WMK (Mulder q q /Rabobank) Vgl ook J J Van Hees in zijn noot in JOR onder HR 21 mei 1999, JOR 1999/167, NJ 1999, 733 m nt JH

Onjuist is het idee dat het bepaaldheidsvereiste de laatste jaren door de Hoge Raad is versoepeld waardoor het geldende recht gewijzigd zou zijn ³⁴ De Hoge Raad heeft slechts het reeds geldende individualiseerbaarheidsvereiste bevestigd

166 *Het tijdstip waarop de vordering bepaald moet zijn* Onbetwist is dat het goederenrechtelijk bepaaldheidsvereiste vereist dat uiterlijk *bij de overdracht* kan worden vastgesteld welk goed wordt geleverd c q dat uiterlijk *bij het ontstaan van het beperkte recht* kan worden vastgesteld op welk goed een beperkt recht wordt gevestigd De te verpanden vordering moet *op dat tijdstip* met behulp van de omschrijving in de pandakte individualiseerbaar zijn ³⁵ Voor een toekomstige vordering die bij voorbaat wordt verpand betekent dit, dat de vordering op die wijze te individualiseren moet zijn op het moment waarop zij in het vermogen van de pandgever ontstaat casu quo waarop zij door hem wordt verkregen, op dat moment ontstaat ook het pandrecht op de vordering

Dit betekent voor de verpanding van vorderingen niet, dat pandgever en pandhouder op het tijdstip waarop het pandrecht ontstaat (door het verlijden van de authentieke of het opmaken en registreren van de onderhandse pandakte casu quo, in geval van verpanding bij voorbaat van toekomstige vorderingen, door het ontstaan van de vordering in het vermogen van de pandgever) op enigerlei wijze de te verpanden vordering(en) individueel moeten hebben aangewezen, bijvoorbeeld doordat zij beschikken over een lijst van de betreffende vorderingen, dat 'aanwijzen' mag achteraf, mits ook op het tijdstip van het ontstaan van het pandrecht een dergelijke individualisering mogelijk geweest zou zijn Zijn de te verpanden vorderingen in de pandakte bijvoorbeeld globaal omschreven en zijn deze met behulp van de administratie van de pandgever te individualiseren, dan zijn de vorderingen in de akte met voldoende bepaaldheid omschreven Is daarentegen individualisering niet mogelijk, bijvoorbeeld doordat de pandgever geen administratie van zijn vorderingen bijhoudt, dan zijn de vorderingen door een globale omschrijving in de pandakte onvoldoende bepaald ³⁶ Voor de goede orde dat 'aanwijzen' heeft geen

34 Zoals betoogd is door Beekhoven van den Boezem 2003b, p 15

35 Zie Kortmann 1996 in nr 2 van zijn annotatie in AA van het arrest Spaarbank Rivierenland/Gispen q q, Brahn/Reehuis 1997, nr 40, Struycken 1997, p 122 en 134, Verhagen en Rongen 2000, p 91, Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr 316 en 325, Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr 214a en Beekhoven van den Boezem 2003a, p 12

36 Vgl JJ van Hees in zijn noot in JOR onder HR 21 mei 1999, JOR 1999/167, NJ 1999, 733 m nt JH

enkele goederenrechtelijke betekenis, een vordering die ontstaat in het vermogen van de pandgever is bij dat ontstaan wel of niet belast met een pandrecht als gevolg van een eerdere verpanding bij voorbaat

7.4 Verpanding van een aantal vorderingen 'tot een bepaald totaalbedrag'

167 *Het arrest Zuidgeest/Furness* Is aan het individualiseringsvereiste voldaan indien een aantal vorderingen met een totaalbedrag van bijvoorbeeld € 1 000 000, wordt verpand tot een lager bedrag van bijvoorbeeld € 600 000, indien niet duidelijk is welke (deel)vorderingen met een gezamenlijk beloop van € 600 000 worden verpand? In het arrest Zuidgeest/Furness³⁷ oordeelde de Hoge Raad dat in zo een geval voldaan kan zijn aan het goederenrechtelijke bepaaldheidsvereiste, in ieder geval als het, zoals in dat arrest het geval was, vorderingen betreft op één debiteur³⁸

Indien het er in een dergelijk geval voor moet worden gehouden dat niet alle vorderingen (met een totaal beloop van € 1 000 000) worden verpand, maar een deel van die vorderingen (met een gezamenlijk beloop van € 600 000), is niet voldaan aan het bepaaldheidsvereiste, omdat op het moment van het ontstaan van het pandrecht de verpande vorderingen niet individualiseerbaar zijn,³⁹ zij zouden dat eerst zijn vanaf het moment dat zij zijn geïnd. Daarbij maakt het geen verschil of het vorderingen betreft op één debiteur, zoals in het arrest Zuidgeest/Furness, of vorderingen op meerdere debiteuren

Het oordeel van de Hoge Raad kan in het licht van de vereiste individualiseerbaarheid op het moment van het ontstaan van het pandrecht (*casu quo*, zoals in dit arrest in geval van cessie, van de overgang van de vordering naar het vermogen van de cessionaris), op twee manieren worden verklaard. De eerste mogelijke verklaring is dat de Hoge Raad het vereiste van individualiseerbaarheid over het hoofd heeft gezien en derhalve een misslag heeft begaan. De tweede mogelijke verklaring is dat de Hoge Raad oordeelt dat alle vorderingen in hun geheel zijn overgedragen.⁴⁰ In dat geval is voldaan aan het vereiste van individualiseerbaar-

37 HR 19 december 1997, JOR 1998/40 m nt J J van Hees, NJ 1998, 690 m nt WMK
38 Ook Verhagen en Rongen 2000, p 121, merken op dat de Hoge Raad in dit arrest uitsluitend oordeelde over de situatie waarin het vorderingen op een debiteur betreft

39 Idem Verhagen en Rongen 2000, p 123

40 Aldus Beuving 1998 in haar bespreking van het arrest

heid Dan rijst echter de vraag hoe kan worden verklaard dat de cedent (nog of wederom) inningsbevoegd is indien de cessionaris het hem toekomende heeft geïnd ⁴¹

168 *Een nieuwe voorrangsregel?* Vranken gaat er vanuit dat in een dergelijke situatie zowel de cedent als de cessionaris inningsbevoegd is, kennelijk neemt hij aan dat beiden rechthebbende tot de totale vordering zijn De cessionaris heeft echter in zijn visie een door de Hoge Raad in het leven geroepen, buitenwettelijke voorrang hij gaat voor bij de inning en heeft een voorrangsrecht op het in weerwil van zijn voorrang door de cedent geïnde tot het bedrag waarvoor de vorderingen aan hem zijn overgedragen ⁴²

Gevolg van deze voorrangsregel zou zijn, dat een faillissement van de cedent de cessionaris niet zou raken tot het faillissementsvermogen zou slechts de vordering behoren die resteert nadat het aan de cessionaris toekomende bedrag is geïnd Wordt desondanks een bedrag geïnd door de cedent of diens curator vóórdat de cessionaris het hem toekomende bedrag heeft ontvangen, dan zou dit door de curator aan de cessionaris moeten worden afgedragen ⁴³

Het is de vraag of deze interpretatie houdbaar is Zou de Hoge Raad inderdaad een nieuwe voorrangsregel hebben willen introduceren, buiten de wetgever om, dan had het voor de hand gelegen dat de Hoge Raad zulks had gemotiveerd De Hoge Raad geeft die motivering, zoals Vranken ook zelf aangeeft, echter niet ⁴⁴ Daar komt bij dat de Hoge Raad in het arrest niet overweegt dat de cessionaris voorgaat bij de inning of een voorrangsrecht heeft op het geïnde De Hoge Raad overweegt weliswaar dat na inning door de cessionaris van het hem toekomende bedrag aan de cedent de vorderingen toekomen voor zover deze nog niet zijn geïnd door de cessionaris, maar daaruit kan niet worden afgeleid dat de cedent de cessionaris moet laten voorgaan ⁴⁵

Verhagen en Rongen hebben een ander standpunt ingenomen Zij wijzen de argumenten van Vranken voor de voorrang van de cessionaris

41 In het arrest Zuidgeest/Furness was sprake van openbare cessie In deze paragraaf blijft de stille cessie zoals wij die thans kennen (art 3:94 lid 3 BW) buiten beschouwing Zie over de inningsbevoegdheid van de cedent en de cessionaris na stille cessie par 4.4.5 hiervoor

42 Vranken 1999, p. 269

43 Vranken 1999, p. 270

44 Vranken 1999, p. 269

45 Zo ook J.J. van Hees in zijn noot in JOR onder het arrest en Verhagen en Rongen 2000, p. 124 en 125

weliswaar af, maar nemen wel voorrang aan van de cessionaris in geval van cessie van meerdere vorderingen op dezelfde debiteur. De cessionaris zou in een dergelijk geval vóór de cedent gaan bij de inning en een voorrangrecht hebben op het geïnde indien en voor zover hij het hem toekomende bedrag nog niet heeft geïnd. Zij beargumenteren echter niet waarop die voorrang gebaseerd is.⁴⁶

169. *Overdracht onder ontbindende voorwaarde.* Een andere - en de volgens mij meest plausibele - interpretatie van het arrest is dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat alle vorderingen in hun geheel zijn overgedragen,⁴⁷ zij het onder de ontbindende voorwaarde dat de cessionaris het in de akte van cessie genoemde lagere bedrag heeft geïnd.⁴⁸ In dat geval is voldaan aan het vereiste van individualiseerbaarheid. Door het intreden van de ontbindende voorwaarde wordt de cedent weer volledig rechthebbende van de resterende vorderingen.⁴⁹ Het intreden van de voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht,⁵⁰ zodat het intreden ervan geen invloed heeft op de overdracht aan de cessionaris van de vorderingen die door hem inmiddels zijn geïnd en die daardoor tenietgegaan zijn. Wordt de ontbindende voorwaarde vervuld tijdens het faillissement van de cessionaris, dan verhindert dat niet dat de cedent weer onvoorwaardelijk rechthebbende wordt van de resterende vorderingen. Voor de werking van de voorwaarde is het immers irrelevant of de cessionaris beschikkingsbevoegd is.⁵¹

Int de cedent (een deel van) de vorderingen waarvan hij slechts rechthebbende is onder de opschortende voorwaarde, dan heeft de cessionaris op de cedent mijns inziens een vordering tot afdracht van het geïnde.⁵² Partijen kunnen voorts overeenkomen dat de cedent zich van inning zal onthouden zolang de cessionaris het hem toekomende bedrag niet heeft geïnd, zodat sprake is van 'voorrang' in hun onderlinge verhouding. In een casus zoals die in het arrest Zuidgeest/Furness aan de

46 Verhagen en Rongen 2000, p. 126-129.

47 Aldus ook Beuving 1998, p. 230 in haar bespreking van het arrest.

48 Zie ook Verhagen en Rongen 2000, p. 122, die deze interpretatie overigens verworpen.

49 Art. 3:38 lid 1 jo. 3:84 lid 4 BW.

50 Art. 3:38 lid 2 BW.

51 Vgl. bijvoorbeeld Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 412. Zie ook par. 4.4.1 hiervóór.

52 Vgl. voor deze afdrachtverplichting van de cedent c.q. diens curator in geval van cessie tot zekerheid HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171 m.nt. PvS (Van Schaik q.q./ABN AMRO) Vgl. ook hiervóór par. 4.4.5.1.

orde was zullen partijen zulks veelal wel hebben bedoeld. Van enige voorrang in verhaalsrechtelijke zin is echter geen sprake.

7.5 Hoe vast te stellen welke vorderingen zijn verpand?

170. *De in de akte aangeduide vordering als voorwerp van de vestigingshandeling.* Afgezien van de overige aan een geldige vestiging van een pandrecht gestelde vereisten zijn er drie vereisten aan de hand waarvan moet worden vastgesteld of een *specifieke* vordering verpand is. Naast het vereiste van voldoende bepaaldheid, zoals uitgewerkt in de vorige paragrafen, gelden de vereisten dat de titel de verpanding van deze specifieke vordering rechtvaardigt en dat de pandakte, als onderdeel van de vestigingshandeling, ziet op die specifieke vordering.

Zoals gezegd in paragraaf 7.2, is voor beantwoording van de vraag of de titel ziet op de verpanding van een specifieke vordering, of de titel de verpanding van *deze* vordering rechtvaardigt, uitleg van die titel volgens de Haviltex-norm noodzakelijk én voldoende. Andere vereisten stelt het geldende recht niet en andere vereisten zijn ook niet wenselijk.

Bij de beantwoording van de vraag of een vordering het voorwerp is van een vestigingshandeling speelt in ieder geval de omschrijving van de vordering in de pandakte een rol. Er zijn drie redenen waarom de omschrijving van de vordering in de pandakte een rol speelt.

De eerste reden is dat voor de vestiging van een beperkt recht naast een geldige titel en beschikkingsbevoegdheid van de persoon die het recht vestigt, een vestigingshandeling vereist is. Die vestigingshandeling komt overeen met de levering die vereist is voor de overdracht van een goed. De tweede reden is dat die vestigingshandeling een overeenkomst vergt die strekt tot daadwerkelijke vestiging van het beperkt recht, een overeenkomst die niet de titel vormt, maar die gericht is op het goederenrechtelijke gevolg. Zo een overeenkomst wordt daarom ook wel een goederenrechtelijke overeenkomst genoemd.⁵³ De derde reden is dat de wet voor de vestiging van een pandrecht op een vordering een akte dwingend voorschrijft en die akte aldus tot (onderdeel van)⁵⁴ de vestigingshandeling maakt.⁵⁵

53 Vgl. art. 3:84 lid 1 jo. 3:98 BW, Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-1 2006, nr. 206-207 en HR 29 juni 2001, JOR 2001/220, NJ 2001, 662 m.nt. WMK (Meijs q.q./Bank of Tokyo).

54 Uit art. 3:239 lid 1 BW volgt dat in geval van een onderhandse akte ook de registratie daarvan onderdeel van de vestigingshandeling is.

55 Art. 3:239 lid 1 BW voor stille verpanding en art. 3:94 lid 1 jo. 3:98 BW voor openbare verpanding.

Dit aktevereiste impliceert dat een vordering uitsluitend kan worden verpand indien er een pandakte is die deze vordering tot voorwerp van de vestiging van een pandrecht maakt. Aan dit vereiste is voldaan als de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf en eventueel in verband en in samenhang met andere akten of feiten, kan worden vastgesteld dat de akte strekt tot verpanding van die vordering. De aldus door de pandgever afgelegde verklaring vormt na aanvaarding daarvan door de pandhouder de goederenrechtelijke overeenkomst. De aanvaarding door de pandhouder hoeft niet in de akte te zijn opgenomen. De wet vereist geen *tussen partijen* opgemaakte akte. De aanvaarding door de pandhouder is dan ook vormvrij.⁵⁶

Uit het bovenstaande volgt dat voor een geldige vestigingshandeling een pandakte noodzakelijk is waaruit, aan de hand van de omschrijving van de te verpanden vordering(en), kan worden afgeleid dat deze strekt tot verpanding van de vordering(en).⁵⁷ Of een vordering, gelet op de omschrijving van de te verpanden vorderingen in een pandakte, voorwerp van de vestigingshandeling is, is een vraag van uitleg. Over de bij die uitleg te hanteren maatstaven handelt de volgende paragraaf. Reeds nu zij opgemerkt dat die uitleg een feitelijke kwestie is die, als de feitenrechter de juiste maatstaf heeft gehanteerd, in cassatie niet kan worden getoetst.⁵⁸

7.5.1 Uitleg van de omschrijving van de verpande vorderingen in de pandakte

171. *De Haviltex-maatstaf.* Als hoofdregel geldt dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld niet kan worden beantwoord door een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Bij de uitleg van de bepalingen in een schriftelijke overeenkomst komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij dient rekening te worden gehouden met alle bijzondere omstan-

56 Zie Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr 208-209

57 Vgl HR 21 mei 1999, JOR 1999/167 m nt C H Sieburgh en m nt J J van Hees, NJ 1999, 733 m nt. JH en HR 29 juni 2001, JOR 2001/220, NJ 2001, 662 m nt WMK (Meijs q q /Bank of Tokyo)

58 Vgl HR 21 mei 1999, JOR 1999/167 m nt C H Sieburgh en m nt J J van Hees, NJ 1999, 733 m nt. JH en HR 20 september 2002, JOR 2002/211 m nt NEDE, NJ 2004, 182 m nt WMK (Mulder q q /Rabobank)

digheden van het geval en kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.⁵⁹ De subjectieve bedoeling van de partijen bij de overeenkomst is daarbij doorslaggevend. Is die subjectieve bedoeling niet vast te stellen, dan dient een bepaling in een overeenkomst te worden uitgelegd volgens de betekenis die met de partijen vergelijkbare personen in dezelfde omstandigheden aan de bepaling zouden geven.⁶⁰

172. *Uitleg naar objectieve maatstaven.* Er zijn overeenkomsten die niet naar de subjectieve bedoeling van partijen moeten worden uitgelegd, maar naar objectieve maatstaven. Dat is het geval als een overeenkomst naar haar aard bestemd is om de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben gehad op de inhoud of de formulering van de overeenkomst, terwijl de subjectieve partijbedoeling voor hen niet kenbaar is. Voorbeelden van dergelijke overeenkomsten uit de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn de bepalingen uit een Collectieve arbeids-overeenkomst (CAO),⁶¹ de bepalingen van de trustakte bij een obligatieleening⁶² en de uitleg van de bepalingen van een sociaal plan.⁶³

Het gaat bij zo een uitleg naar objectieve maatstaven niet om een op zichzelf staande taalkundige uitleg van de betreffende bepaling. Bij de uitleg van een bepaling naar objectieve maatstaven dient de voor uitleg daarvan relevante informatie te worden betrokken die voor de betreffende derden beschikbaar is. Dat zal in ieder geval ook de overeenkomst in zijn geheel zijn. Is er bijvoorbeeld een voor derden beschikbare schriftelijke toelichting, dan zal ook die bij de uitleg moeten worden betrokken. Langs die weg kan en moet de voor *derden kenbare* bedoeling van de partijen die de overeenkomst sloten bij de uitleg worden betrokken, zij het dat

59 Zie HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m nt CJHB (Haviltex) en HR 20 februari 2004, JOR 2004/157 m nt SCJJK, NJ 2005, 493 m nt C.E du Perron (Pensioensfonds DSM/Fox).

60 Vgl. bijvoorbeeld Wissink 2004, p. 407-409, Kortmann in nr. 8 van zijn noot in JOR onder HR 20 februari 2004, JOR 2004/157, NJ 2005, 493 m nt C.E de Perron (Pensioensfonds DSM/Fox) en Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr 280, 281 en 287

61 HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 m nt PAS onder NJ 1994, 174 (Gerritse/HAS) en HR 24 september 1993, NJ 1994, 174 m nt. PAS (Hol en FNV/EIM)

62 HR 23 maart 2001, JOR 2001/116 m nt Th.A L. Kliebisch, NJ 2003, 715 m nt F.M.J. Verstylen (Ofasec/NTM)

63 HR 26 mei 2000, NJ 2000, 473 (Akzo/FNV) Zie over objectieve uitleg ook HR 31 mei 2002, NJ 2003, 110 (Ziekenhuis De Heel/werknemers) en HR 28 juni 2002, NJ 2003, 111 m nt G.J.J. Heerma van Voss (Buijsman en Elsenburg/Motel Akersloot)

die bedoeling uitsluitend aan de hand van objectieve maatstaven mag worden vastgesteld.⁶⁴

Er hoeft niet steeds een duidelijke keuze te worden gemaakt voor óf de norm waarbij de subjectieve partijbedoeling voorop staat óf de norm waarbij een objectieve uitleg voorop staat. Tussen de beide normen bestaat een vloeiende overgang. Een meer objectieve uitleg is geboden naarmate een overeenkomst meer bestemd is om de rechtspositie van niet bij de totstandkoming ervan betrokkenen op uniforme wijze te beïnvloeden en het voorzienbare aantal van die derden groter is.⁶⁵

173. *Uitleg van een pandakte en de belangen van derden.* Hoe moet het bovenstaande worden toegepast op de uitleg van de bepalingen in een pandakte, in het bijzonder de bepalingen die in pand te geven vorderingen omschrijven? Van de verpanding van vorderingen kunnen derden gevolgen ondervinden. Gedacht kan worden aan de debiteur van de vordering, de crediteuren van de pandgever en diens faillissementscurator. Zij kunnen er bijvoorbeeld belang bij hebben om vast te stellen op welke vorderingen van de pandgever een pandrecht is gevestigd. Een pandakte is derhalve een overeenkomst die de rechtspositie van derden kan beïnvloeden. Zij is echter niet *bestemd* om de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de niet uit de overeenkomst blijken de bedoeling van de partijen bij die overeenkomst niet kunnen kennen. Dat derden de gevolgen van een overeenkomst kunnen ondervinden is voor de Hoge Raad onvoldoende aanleiding gebleken voor een meer objectieve uitleg daarvan.⁶⁶

174. *Uitleg van een pandakte en de belangen van de debiteur.* De debiteur heeft er belang bij te kunnen vaststellen aan wie hij moet betalen, de pandgever of degene die zich voordoeft als pandhouder. De debiteur die betaalt

64 Zie bijvoorbeeld Tanja-van den Broek 2002, p. 435, Hartlief 2004, p. 1070-1073, Kortmann in nr. 4 van zijn noot in JOR onder het arrest Pensioensfonds DSM/Fox en Asser/Hartkamp 4-II 2005 nr. 286b. Zie voor een voorbeeld van een objectieve uitleg van een bepaling uit een overeenkomst waarbij de voor derden kenbare bedoeling van de opstellers van de bepaling mocht worden betrokken HR 27 februari 2004, JOR 2004/158 m.nt. SCJJK onder JOR 2004/157 (Royal Nederland/Klaver).

65 HR 20 februari 2004, JOR 2004/157 m nt. SCJJK, NJ 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (Pensioensfonds DSM/Fox)

66 Vgl. HR 20 september 2002, JOR 2002/210 m.nt. NEDF onder JOR 2002/211, NJ 2002, 610 m.nt. C.E. du Perron (ING/Muller q.q.) en HR 18 oktober 2002, JOR 2002/234 m nt. B. Wessels, NJ 2003, 503 m.nt C.E. du Perron (Curatoren Habo/Besix). Zie voorts Tanja-van den Broek 2002, p. 435, Wissink 2004, p. 413 (met enige aarzeling) en Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 286b.

aan iemand die zich voordoeft als bevoegd tot inning van de vordering zonder inningsbevoegd te zijn, loopt het risico dat hij nogmaals aan de inningsbevoegde moet betalen. Zou dit bijzondere belang van de debiteur een rol moeten spelen bij de uitleg van een pandakte? De debiteur wordt tegen het risico dat hij nogmaals moet betalen beschermd, doordat hij ten opzichte van de inningsbevoegde bevrijdend heeft betaald, als hij op redelijke gronden heeft aangenomen dat degene aan wie hij heeft betaald inningsbevoegd was.⁶⁷ Daarnaast kan de debiteur die op goede gronden betwijfelt aan wie hij moet betalen zijn betaling opschorten.⁶⁸ Aldus is de debiteur afdoende beschermd tegen betaling aan iemand die niet gerechtigd is de betaling in ontvangst te nemen.

De debiteur kan er in bijzondere gevallen overigens wel belang bij hebben te weten aan wie hij bevrijdend kan betalen, bijvoorbeeld als aan hem goederen onder eigendomsvoorbehoud zijn overgedragen en hij de (volle) eigendom van die goederen door vervulling van de opschortende voorwaarde van betaling van de koopsom op hem wil doen overgaan.⁶⁹ Het komt mij echter voor dat zo een specifiek belang van de debiteur een meer objectieve uitleg van een pandakte niet rechtvaardigt.

In het arrest *Eemswater c.s./Curatoren Capcan*⁷⁰ overweegt de Hoge Raad dat bij de uitleg van de pandakte ook de zin die de debiteur aan de verklaringen en gedragingen van de pandgever en de pandhouder redelijkerwijs mag toekennen een rol speelt bij de uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst tussen de pandgever en de pandhouder. Deze benadering van de Hoge Raad dient naar mijn mening te worden afgewezen.⁷¹ Dat de debiteur er belang bij heeft om te weten aan wie hij zijn uit een overeenkomst voortvloeiende schuld dient te betalen is, gelet op de hiervóór geschetste bescherming die de debiteur geniet, onvoldoende aanleiding om zijn redelijke interpretatie van die overeenkomst te betrekken bij de uitleg ervan.

175 *Naar een meer objectieve uitleg* Is het gegeven dat een pandakte een goederenrechtelijke overeenkomst bevat aanleiding om deze volgens meer objectieve maatstaven uit te leggen? Een goederenrechtelijke over-

67 Art. 6:34 lid 1 BW.

68 Art. 6:37 BW. In dezelfde zin A-G Keus in zijn conclusie voor HR 16 mei 2003, JOR 2003/184, NJ 2004, 183 m nt WMK (De Liser de Morsain/Rabobank).

69 Vgl. art. 3:92 BW.

70 HR 21 april 1995, NJ 1996, 652 m nt WMK.

71 Idem, zij het niet door een expliciete afwijzing maar door een andere interpretatie, Verhagen en Rongen 2000, p. 89.

eenkomst heeft, als aan de overige vereisten daartoe is voldaan, een wijziging in goederenrechtelijke rechtsposities tot gevolg. Zo een wijziging heeft bijzondere gevolgen voor derden omdat zij absolute rechten op goederen moeten respecteren. Bij de verpanding van vorderingen zullen dat met name de crediteuren van de pandgever zijn, die er belang bij hebben te kunnen inschatten op welke activa van de pandgever een pandhouder met voorrang verhaal zal kunnen nemen.

Een akte van levering van een registergoed dient voor wat betreft het voorwerp van de levering objectief te worden uitgelegd.⁷² De reden voor objectieve uitleg van een dergelijke akte lijkt te zijn dat voor een wijziging in de goederenrechtelijke status van een registergoed een streng publiciteitsvereiste geldt. Zo een wijziging moet voor derden kenbaar zijn en derden moeten kunnen vertrouwen op hetgeen in de registers is ingeschreven.^{73,74} Aan die kenbaarheid door publicatie in een register zou afbreuk worden gedaan als derden niet zouden kunnen afgaan op hetgeen uit de in het register ingeschreven akte blijkt.

Voor de vestiging van een stil pandrecht geldt geen publiciteitsvereiste.⁷⁵ Dat zou een reden kunnen zijn om een pandakte niet op een meer objectieve wijze uit te leggen. Zo bezien is goed te begrijpen dat de Hoge Raad voor de beantwoording van de vraag of een akte bedoeld is tot levering of verpanding van een vordering voldoende acht dat de verkrijger van een vordering, of van een recht van pand erop, redelijkerwijs uit de akte heeft mogen afleiden dat deze tot levering of tot vestiging van een pandrecht was bedoeld.⁷⁶ Bij de beantwoording van de vraag of en zo ja op welke vorderingen van de pandgever een pandrecht is gevestigd, kunnen derden, zoals de debiteur van een vordering, andere crediteuren van de pandgever of diens faillissementscurator, wel belang hebben. Zij spelen geen rol bij de *vestiging* van een stil pandrecht maar moeten uiteindelijk wel kunnen vaststellen tot verpanding van welke vorderingen een

72 HR 8 december 2000, NJ 2001, 350 m.nt. WMK (Eelder Woningbouw/Van Kammen en Brouwer).

73 Zie nr 3-4 van de noot van W.M. Kleijn onder het in de vorige noot genoemde arrest.

74 Opgemerkt zij, dat een gebrek in de titel door uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst niet geheeld kan worden. In dat geval is een derde aangewezen op derdenbescherming

75 Vgl. par. 2.2.3 hiervóór.

76 Zo overwoog de Hoge Raad in r.o. 3.4.6 van zijn arrest van 29 juni 2001, JOR 2001/220, NJ 2001, 662 m.nt. WMK (Meijs q.q./Bank of Tokyo). Een objectieve uitleg van een pandakte is door de Hoge Raad ook afgewezen in HR 20 september 2002, JOR 2002/210 m.nt. NEDF onder JOR 2002/211, NJ 2002, 610 m.nt. C.E. du Perron (ING/Muller q.q.).

pandakte is bedoeld Dit is een reden om voor de uitleg van een pand- of cessieakte een andere, meer objectieve maatstaf te hanteren dan dat *de pandhouder* redelijkerwijs uit de pandakte mocht afleiden dat deze tot verpanding van een vordering was bedoeld

Voor het antwoord op de vraag welke vorderingen zijn verpand, geldt de maatstaf dat de pandakte zodanige gegevens moet bevatten dat, eventueel in onderling verband en in samenhang met andere akten of objectieve feiten, kan worden vastgesteld dat de akte is bestemd tot verpanding van de erin bedoelde vorderingen⁷⁷ Kortmann heeft er in zijn annotatie van het arrest Meijs q q /Bank of Tokyo terecht op gewezen dat deze maatstaf moeilijk te rijmen is met het beantwoorden van de vraag of een pandakte bestemd is tot verpanding van een vordering aan de hand van hetgeen *de pandhouder* redelijkerwijs heeft mogen afleiden uit de akte⁷⁸ Ook dit is een reden om voor de uitleg van een pandakte een meer objectieve maatstaf te hanteren

7.6 Conclusies

176 *Uitleg van de titel volgens 'Haviltex'* In de obligatoire overeenkomst die de titel van een verpanding vormt zijn de te verpanden vorderingen voldoende bepaalbaar als zij voldoen aan de omschrijving ervan in die overeenkomst Deze omschrijving moet volgens de Haviltexmaatstaf worden uitgelegd, waarbij de subjectieve partijbedoeling voorop staat Ik acht het geldende recht in dit opzicht in overeenstemming met het wenselijke recht

177 *Individualisering volstaat voor goederenrechtelijke bepaaldheid* Het goederenrechtelijke bepaaldheidsvereiste stelt naar huidig recht bij de verpanding van een vordering het vereiste dat deze uiterlijk op het moment waarop het pandrecht op de vordering ontstaat is geïndividualiseerd Verdergaande vereisten stelt dit bepaaldheidsvereiste niet Voor het stellen van verdergaande vereisten is ook geen aanleiding

178 *Hoe vast te stellen welke vorderingen zijn verpand?* Welke van de geïndividualiseerde vorderingen zijn verpand, is een kwestie van uitleg van

77 Zie de hiervoor aangehaalde jurisprudentie over het bepaaldheidsvereiste, alsmede r.o. 3.4.3 van HR 29 juni 2001, JOR 2001/220, NJ 2001, 662 m.nt. WMK (Meijs q q /Bank of Tokyo)

78 Kortmann 2002a, p. 730-731

de obligatoire overeenkomst tot verpanding en van de goederenrechtelijke overeenkomst van vestiging van het pandrecht in de pandakte. De beide overeenkomsten dienen op grond van recente jurisprudentie van de Hoge Raad te worden uitgelegd aan de hand van het Haviltex-criterium, waarbij de subjectieve partijbedoeling voorop staat.⁷⁹

Desalniettemin meen ik dat, anders dan ik eerder verdedigde,⁸⁰ voor de beantwoording van de vraag tot levering van of vestiging van een pandrecht op welke vorderingen een akte van cessie of een pandakte is bedoeld, een dergelijke akte objectief moet worden uitgelegd. De te hanteren maatstaf zou mijns inziens moeten zijn dat aan de hand van een objectieve uitleg van de omschrijving van de vorderingen in de pandakte, en eventueel aan de hand van andere al dan niet in de akte opgenomen, objectieve gegevens zou moeten worden vastgesteld tot levering van of vestiging van een pandrecht op welke vorderingen de akte is bedoeld.

In de praktijk zal overigens ook bij een subjectieve uitleg van de in de pandakte opgenomen omschrijving van de verpande vorderingen in veel gevallen de objectieve uitleg daarvan bepalend zijn voor de vraag welke vorderingen zijn verpand.⁸¹ Dat zal het geval zijn als de subjectieve bedoeling van partijen niet komt vast te staan. In zo een geval komt men bij de uitleg van (een beding in) een overeenkomst als vanzelf uit op een objectieve uitleg daarvan.⁸² Daar komt bij dat in de regel de partij die stelt dat de bedoeling van partijen afwijkt van de door objectieve uitleg vastgestelde betekenis van de omschrijving van de verpande vorderingen in een pandakte, die afwijkende bedoeling zal moeten bewijzen.⁸³

Naar geldend recht lijkt het perspectief van de debiteur bij de uitleg van de pandakte een rol te kunnen spelen. Het betrekken van het perspectief van de debiteur bij de uitleg van een pandakte wijs ik af.

79 Zie de reeds eerder aangehaalde arresten Meijs q.q./Bank of Tokyo, ING/Muller q.q. en De Liser de Morsain/Rabobank. Daar deze arresten met betrekking tot dit oordeel nauwelijks gemotiveerd zijn, bespreek ik deze arresten hier niet.

80 Zie Verdaas 2002c, p. 793-794.

81 Vgl. Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 286-286a.

82 In dezelfde zin Tjittes 2005, p. 9. Een voorbeeld in de jurisprudentie waarin een titel van verpanding objectief werd uitgelegd omdat de subjectieve bedoeling van partijen niet kwam vast te staan is Rb. Utrecht 10 mei 2006, JOR 2006/274 m.nt. A.J. Verdaas (Van den End q.q./NHO).

83 In deze zin HR 4 maart 2005, JOR 2005/160, NJ 2005, 326 (Thomassen/Vos). Op het grote praktische belang van de objectieve uitleg van de bewoordingen van een overeenkomst wees de Hoge Raad in r.o. 4.5 van zijn eerder genoemde arrest Pensioensfonds DSM/Fox.

TOEKOMSTIGE VORDERINGEN

8.1 Beschikken over toekomstige goederen

179. *Levering of vestiging met uitgesteld rechtsgevolg.* Naar huidig recht is het mogelijk een toekomstig goed te leveren¹ of daarop een beperkt recht te vestigen.² Gevolg is dat de leverings- of vestigingshandeling in de tijd niet samenvalt met het (mogelijke) gevolg van die beschikking, rechts-overgang of het ontstaan van een beperkt recht. De rechtsovergang casu quo het ontstaan van het beperkte recht wordt uitgesteld tot het moment waarop het betreffende goed tegenwoordig wordt in het vermogen van de vervreemder casu quo de verlener van het beperkte recht.

Een dergelijke levering casu quo vestiging bij voorbaat moet worden onderscheiden van een overdracht of vestiging van een beperkt recht onder opschortende voorwaarde,³ zoals in geval van een overdracht onder eigendomsvoorbehoud.⁴ In dat geval is geen sprake van een levering of vestigingshandeling onder opschortende voorwaarde. De levering of vestigingshandeling is dan onvoorwaardelijk.⁵

Voor de in dit hoofdstuk te behandelen onderwerpen is het van belang scherp te onderscheiden tussen enerzijds de overdracht van een goed of de vestiging van een beperkt recht op een goed en anderzijds de levering van een goed of het verrichten van de voor de vestiging van een beperkt recht vereiste vestigingshandeling(en), zoals in geval van de vestiging van een stil pandrecht op een vordering het opmaken van een

1 Art. 3:97 BW. Lid 1 van dit artikel zondert registergoederen en goederen waarvan de wet verbiedt dat zij onderwerp van een overeenkomst zijn uit van deze levering bij voorbaat. Een voorbeeld van de laatstgenoemde uitzondering is de niet opengevallen nalatenschap; zie art. 4:4 lid 2 BW.

2 Art. 3:98 BW. Onder het oude recht werd het aanvankelijk niet mogelijk geacht om toekomstige goederen te leveren. Later oordeelde de Hoge Raad dat levering van toekomstige roerende zaken en vorderingen mogelijk was. Zie over deze ontwikkeling onder het oude recht hierna par. 8.6.1.

3 Art. 3:91 jo. 3:84 lid 4 BW.

4 Art. 3:92 BW.

5 Vgl. Kortmann 1992, p. 208 en Faber 2000, p. 178-179.

authentieke of onderhandse akte en, in geval van een onderhandse akte, de registratie daarvan.

Korthedshalve worden in dit hoofdstuk wel de termen 'vervreemder', 'levering', respectievelijk 'verkrijger' gehanteerd waar mede 'verleener van een beperkt recht', 'vestiging van een beperkt recht', respectievelijk 'verkrijger van een beperkt recht' beoogd zijn.

180. *Absoluut of relatief toekomstig.* Om misverstanden te voorkomen zij hier vermeld dat met een toekomstig goed in dit hoofdstuk steeds bedoeld wordt een goed waarvan de vervreemder geen rechthebbende is, maar waarvan hij in de toekomst mogelijk wel rechthebbende wordt. Het kan daarbij gaan om een goed dat absoluut toekomstig is: het goed bestaat nog niet maar als het in de toekomst ontstaat wordt de vervreemder daarvan mogelijk de rechthebbende doordat het goed ontstaat in zijn vermogen of doordat hij het goed na het ontstaan verkrijgt. Het kan ook gaan om een relatief toekomstig goed: het goed bestaat reeds, de vervreemder is daarvan nog niet de rechthebbende maar hij wordt dat mogelijk wel.⁶ Het onderscheid tussen absolute en relatieve toekomstigheid van een goed is voor de goederenrechtelijke positie van de vervreemder ten aanzien van dat goed overigens irrelevant: van goederen uit de beide categorieën is hij geen eigenaar.

181. *Het intreden van het uitgestelde rechtsgevolg.* Gevolg van een levering bij voorbaat is dat de verkrijger zonder een nadere (leverings)handeling eigenaar van het geleverde goed wordt zodra dit in het vermogen van de vervreemder tegenwoordig wordt of, met andere woorden, het goed voor de vervreemder geen toekomstig goed meer is en mits aan de overige vereisten voor een geldige overdracht is voldaan.

Het eerste vereiste is beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder op het moment waarop het goed in zijn vermogen tegenwoordig wordt. De rechtsovergang wordt verhinderd indien de vervreemder op het moment waarop het goed in zijn vermogen tegenwoordig wordt in staat van faillissement verkeert. De beschikkingsonbevoegdheid die van de faillietverklaring het gevolg is, staat dan aan rechtsovergang in de weg.⁷

⁶ Vgl. Van Swaaij 2000, nr. 110 en Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 62 en 420.

⁷ Art. 23 Fw. Zie hierover bijvoorbeeld Faber 1997, p. 184 en Faber 2000, p. 181. Vgl. ook HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 m.nt. WMK (SOS/ABN) en HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 m.nt. G (WUH/Emmerig q.q.).

Het tweede vereiste is dat de vervreemder heeft geleverd krachtens een op het moment van levering geldige titel. Dit betekent dat de verkrijger geen rechthebbende wordt indien de titel na de levering en voor het tegenwoordig worden van het goed in het vermogen van de vervreemder met terugwerkende kracht tot op of voor het moment van levering ongeldig wordt.⁸

Is aan deze vereisten voldaan en 'verschijnt' het bij voorbaat geleverde goed in het vermogen van de vervreemder dan zal het dat vermogen, als gevolg van de levering bij voorbaat, direct weer verlaten om in het vermogen van de verkrijger te belanden.^{9,10} De uitgestelde rechtsovergang als gevolg van een levering bij voorbaat van een toekomstig goed zou men kunnen beschouwen als een levering onder de opschortende voorwaarde van het tot het vermogen van de vervreemder gaan behoren van het goed.¹¹

182. *Verhindering van het rechtsgevolg.* Eén van de bijzondere aspecten van een levering met uitgestelde rechtsovergang is dat de verkrijger van het goed een sterke positie ten opzichte van de vervreemder van het bij voorbaat aan hem geleverde goed en tegenover derden verkrijgt. Zodra zich een bepaalde gebeurtenis voordoet, het toekomstige goed wordt een tegenwoordig goed, gaat het recht op het goed op hem over. De positie van de verkrijger is niet alleen sterk om de reden dat hij van rechtswege rechthebbende wordt doordat de gebeurtenis zich voordoet, maar tevens doordat noch derden, noch de vervreemder, de rechtsovergang nog kunnen verhinderen. Zoals gezegd verhindert weliswaar het beschikkingsonbevoegd worden van de vervreemder de rechtsovergang, maar een na de levering bij voorbaat op het goed gelegd beslag,¹² een latere vervreemding daarvan,¹³ of een latere vestiging van een beperkt recht daarop,¹⁴ kunnen de latere rechtsovergang van het goed niet verhinderen.

8 Aldus ook Faber 2000, p. 181, Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 303 en 318 en Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr. 204. Laatstgenoemde wijst erop dat een levering krachtens een ongeldige titel tot een geldige overdracht kan leiden indien de ongeldige titel wordt bekrachtigd (art. 3:58 BW).

9 Vgl. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1250 en Reehuis 1989, p. 78.

10 Zie over de afwijkende gedachte dat een bij voorbaat geleverd goed buiten het vermogen van de vervreemder om in het vermogen van de verkrijger komt Westrik 2003, p. 123-125.

11 Zo ook Faber 1997, p. 182 en 187, Faber 2000, p. 181 en Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 420.

12 Art. 475h lid 1 Rv.

13 Art. 3:97 lid 2 BW.

14 Art. 3:97 lid 2 jo. 98 BW.

Faillieert¹⁵ de vervreemder vóór de rechtsovergang heeft plaatsgevonden, dan wordt de rechtsovergang niet alleen verhinderd door zijn beschikkingsonbevoegdheid, maar tevens door art. 35 lid 2 Fw, dat bepaalt dat een bij voorbaat door de gefailleerde geleverd goed in de boedel valt, indien het pas na diens faillietverklaring door hem wordt verkregen.¹⁶ Ook art. 20 Fw verhindert rechtsovergang van een bij voorbaat geleverd goed, indien het pas na diens faillietverklaring door de vervreemder wordt verkregen. Dit artikel bepaalt namelijk dat tot het faillissement behoort hetgeen de gefailleerde tijdens het faillissement verwerft.¹⁷ Met deze bepaling is bedoeld dat het faillissementsbeslag rust op, de wettelijke uitzonderingen daargelaten, al de goederen die tot het vermogen van de gefailleerde behoren, alsmede de goederen die daar na het faillissement toe gaan behoren, in het laatste geval ongeacht de vraag of het op de faillissementsdatum absoluut of relatief toekomstige goederen betreft.¹⁸

Anders zou dit zijn indien men, anders dan naar geldend recht het geval is,¹⁹ zou aannemen dat een levering bij voorbaat tot gevolg heeft dat het goed, indien het een absoluut toekomstig goed betreft, niet ontstaat in het vermogen van de vervreemder maar in het vermogen van de verkrijger²⁰ casu quo, indien het een relatief toekomstig goed betreft, niet door de vervreemder verkregen wordt alvorens de verkrijger daarvan recht-hebbende wordt.²¹

183. *Overdracht onder opschortende voorwaarde.* Na een overdracht van een tegenwoordig goed onder opschortende voorwaarde verhindert een fail-

15 Zoals aangekondigd in de inleiding wordt uitsluitend aandacht besteed aan de gevolgen van faillietverklaring van de pandgever. Verlening van al dan niet voorlopige surseance van betaling en het van toepassing worden van de wettelijke schuldsanering hebben echter dezelfde gevolgen. Zie bijvoorbeeld voor de overeenkomstige toepasselijkheid van de in art. 35 lid 2 Fw neergelegde regel tijdens een (voorlopige) surseance HR 15 maart 1991, NJ 1992, 605 m.nt WMK (Veenendaal q.q./Hogeslag).

16 Zie HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744 m nt. HJS (Ontvanger/NMB).

17 Zie Reehuis 1989, p. 75.

18 Vgl. Van der Feltz I, p. 339-346.

19 Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1250 en Schoordijk 1986, p. 330

20 Vgl. Wiarda 1937, p. 418 en Reehuis 1989, p. 75-76. Deze auteurs geven hier overigens niet hun eigen opvattingen weer.

21 Volgt na een verpanding bij voorbaat een faillissement dat wordt opgeheven 'bij gebrek aan baten' ex art. 16 Fw vóórdat het verpande toekomstige goed tegenwoordig geworden is, dan ontstaat hierop wel het bij voorbaat gevestigde pandrecht. Art. 20 en 35 lid 2 Fw staan daar niet aan in de weg en de pandgever is op het moment waarop hij het goed verwerft weer beschikkingsbevoegd.

lissement van de vervreemder niet dat de verkrijger bij vervulling van de voorwaarde de onvoorwaardelijk rechthebbende van het goed wordt.²² Hiervoor zijn twee redenen.

De eerste reden is dat het beschikkingsonbevoegd worden van de vervreemder nadat hij heeft geleverd de overgang niet meer kan verhinderen. De - onvoorwaardelijke - levering heeft namelijk reeds plaatsgehad vóór het beschikkingsonbevoegd worden van de vervreemder.

Beschikkingsbevoegd hoeft de vervreemder uitsluitend te zijn op het moment waarop hij een aan een opschortende voorwaarde onderhevig recht op een goed aan de verkrijger levert. Dat de vervreemder aan de verkrijger een recht levert dat onderhevig is aan een opschortende voorwaarde²³ doet daar niets aan af. Dit is ook de reden dat voor rechtsovergang een geldig titel vereist is op het moment van de levering en niet op het moment van het in vervulling gaan van de voorwaarde waaraan het recht onderworpen is.²⁴

De tweede reden is dat ons (faillissements)recht geen bijzondere regel kent die, zoals art. 35 lid 2 Fw bij een levering bij voorbaat van een toekomstig goed, bepaalt dat de vervulling van de opschortende voorwaarde waaronder vóór het faillissement van de vervreemder een goed is overgedragen, verhindert dat de verkrijger daarvan door vervulling van de opschortende voorwaarde ná dat faillissement onvoorwaardelijk rechthebbende wordt.²⁵

184. *Rechtsovergang bij de levering?* Verreweg de meeste schrijvers stellen zich op het hiervóór ook door mij ingenomen standpunt dat voor rechtsovergang als gevolg van een levering bij voorbaat naar geldend recht beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder op het moment van rechtsovergang vereist is.²⁶ Ook in de wetsgeschiedenis van art. 3:97 BW lijkt hiervan te zijn uitgegaan.²⁷

Een andere, in zijn dissertatie door Van Swaaij verdedigde opvatting, is dat de rechtsovergang in geval van een levering bij voorbaat van

22 Zo ook Kortmann 1992, p. 208 en Faber 2000, p. 182.

23 Art. 3:84 lid 4 BW.

24 Zo ook Faber 2000, p. 182.

25 Vgl. Dalhuisen 2003, p. 74.

26 Aldus Van Mierlo 1988, par. 6.3.1.1, Blom 1989, p. 14, Reehuis 1989, p. 74-78, Kortmann 1992, p. 209, Janssen 1992a, p. 163-164, Faber 1997, p. 182, Faber 2000, p. 175-178, 181 en 183, Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 420-423, Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr. 307-308, Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr. 227 en Out 2003, in het bijzonder op p. 63 en 79-80.

27 Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1250.

een toekomstig goed niet in de toekomst plaatsvindt, op het moment van het tegenwoordig worden van het goed in het vermogen van de vervreemder, maar op het moment van de levering bij voorbaat. Een rechts-subject zou volgens deze opvatting vandaag beschikkingsbevoegd zijn met betrekking tot een goed dat hem vandaag nog niet toebehoort.²⁸

Deze opvatting impliceert dat beschikkingsbevoegdheid voor een geldige rechtsovergang uitsluitend vereist is op het moment van de levering (bij voorbaat) en derhalve niet op het moment van de rechtsovergang. Consequentie van deze opvatting zou zijn, dat een faillissement van de vervreemder de rechtsovergang van een bij voorbaat geleverd goed uitsluitend verhindert als gevolg van het in art. 35 lid 2 Fw bepaalde en niet door de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder.

Faber heeft geanalyseerd waarom deze opvatting niet het geldende recht weergeeft. De kern van zijn analyse begrijp ik aldus, dat men niet kan beschikken over een goed waarvan men niet de rechthebbende is. Dat men alvorens rechthebbende van een goed te zijn reeds leverings- en vestigingshandelingen ten aanzien van dat goed kan verrichten doet daar niets aan af; goederenrechtelijke aanspraken of bindingen ten aanzien van het betreffende goed leveren dergelijke handelingen niet op. Hoe sterk de positie van de toekomstige verkrijger ook is (zie hiervóór), hij heeft slechts een obligatoire aanspraak jegens de vervreemder totdat aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder is voldaan, het moment waarop hij de rechthebbende van het goed wordt.²⁹

185. *Discussie.* Welke opvatting geeft het wenselijke recht weer? Kern van de opvatting van Van Swaaij is dat het zelfbeschikkingsrecht van een individu niet alleen met zich brengt dat men bevoegd is om zich ten aanzien van zijn toekomstige vermogen obligatoir te verbinden, maar tevens dat men over zijn toekomstige goederen in het heden kan beschikken. Geen belang verzet zich ertegen dat men over zijn toekomstige goederen in het heden beschikt. Men beschikt immers niet over goederen van derden.³⁰ Deze opvatting heeft weliswaar het onwenselijke gevolg dat een rechtssubject, door daarover te beschikken vóór zijn faillissement, in verregaande mate kan bepalen wat er met tijdens zijn faillissement te verkrij-

28 Van Swaaij 2000, zie bijvoorbeeld nr 166 en 194 Deze gedachte is ook te vinden bij Reehuis 1989, p 74-78, die deze gedachte overigens nadrukkelijk niet tot zijn opvatting maakt Vgl ook Westrik 2003, p 123-125

29 Faber 2000, p 178-180

30 Van Swaaij 2000, nr 201

gen vermogensbestanddelen gebeurt, maar dit gevolg wordt gecorrigeerd door art. 35 lid 2 Fw.

Daar staat tegenover dat er geen goede reden schijnt te zijn om het zelfbeschikkingsrecht zover door te voeren dat een rechtssubject niet alleen in obligatoire zin, maar tevens in goederenrechtelijke zin kan beschikken over goederen waarvan hij niet de rechthebbende is. In ons goederenrechtelijk systeem is daarnaast moeilijk in te passen dat men overdraagt waarvan men geen rechthebbende is. Een fundamenteel kenmerk van ons goederenrecht is de betrekking tussen een object en een subject. Een goederenrechtelijk recht impliceert een betrekking tussen een rechthebbende en een goed.³¹ De mogelijkheid om te kunnen beschikken over een goed zonder in goederenrechtelijke zin tot dat goed gerechtigd te zijn, impliceert afstand van dat fundamentele kenmerk. De wens om te kunnen beschikken over een goed waarvan men niet de rechthebbende is, is daartoe onvoldoende aanleiding.

Mijn conclusie is dat voor wat betreft de levering van casu quo het verrichten van een vestigingshandeling met betrekking tot toekomstige goederen het geldende recht tevens het wenselijke recht is. Art. 35 lid 2 Fw is overbodig, nu hetgeen deze bepaling beoogt te voorkomen, werking van een levering bij voorbaat tegenover de boedel indien het goed tijdens faillissement verkregen wordt, reeds wordt voorkomen door art. 20 en 23 Fw.³² Gelet op de duidelijkheid die art. 35 lid 2 Fw biedt, lijkt het echter raadzaam deze bepaling te handhaven.

186. *Het vervolg van dit hoofdstuk.* In de volgende paragraaf wordt het systeem van de levering bij voorbaat, of eigenlijk het verrichten van een vestigingshandeling bij voorbaat, op hoofdlijnen uitgewerkt voor de verpanding van vorderingen. In de paragrafen 8.3-8.6 wordt aandacht besteed aan enkele specifiek voor pandrechten op toekomstige vorderingen van belang zijnde aspecten. Allereerst wordt aandacht besteed aan de betekenis van het thans geldende vereiste dat toekomstige vorderingen om voor stille verpanding in aanmerking te komen rechtstreeks moeten voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding (paragraaf 8.3). Vervolgens wordt in paragraaf 8.4 de vraag behandeld of de mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen aan enige beperking on-

31 Vgl. Kortmann 1973, p. 428.

32 Idem, althans voor wat betreft art. 23 Fw, Parl. Gesch. Boek 3, p. 752 en Van den Heuvel 2004, p. 38.

derhevig moet blijven. In paragraaf 8.5 wordt onderzocht wat de gevolgen zijn van rechtsopvolging van de pandgever door een derde voor een bij voorbaat gevestigd pandrecht op vorderingen die uit de rechtsverhouding ontstaan nadat deze is overgegaan. Tot slot word in paragraaf 8.6 aandacht besteed aan de gevolgen van faillietverklaring van de pandgever voor een bij voorbaat op een toekomstige vordering gevestigd pandrecht.

8.2 Stille verpanding van toekomstige vorderingen: het systeem

187. *Vestiging bij voorbaat.* Ten aanzien van een toekomstige vordering kan een rechthebbende de voor de vestiging van een stil pandrecht vereiste vestigingshandeling(en) verrichten,³³ mits de vordering rechtstreeks voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding.³⁴ Deze vestigingshandeling(en), het opmaken van een pandakte en, in geval van een onderhandse akte, de registratie daarvan,³⁵ kan hij verrichten voordat hij rechthebbende van de vordering is. Gevolg is dat het pandrecht op de vordering ontstaat zodra de pandgever rechthebbende van de vordering wordt mits (i) de pandgever op dat moment beschikkingsbevoegd is; (ii) ten tijde van het verrichten van de vestigingshandeling aan het vereiste van een geldige titel voldaan was en (iii) de vordering rechtstreeks voortvloeit uit een bij het verrichten van de vestigingshandeling reeds bestaande rechtsverhouding.

188. *Verhinderung van het ontstaan van het pandrecht.* Een na de vestigingshandeling(en) gelegd beslag kan het ontstaan van het pandrecht niet verhinderen.³⁶ Ook een latere vervreemding van de vordering kan het ontstaan van het pandrecht niet verhinderen.³⁷ Een latere vestiging van een beperkt recht heeft evenmin invloed op het ontstaan van het pandrecht.³⁸ Zo kan een cessie of verpanding (al dan niet bij voorbaat) van toekomstige huurvorderingen nadat deze eerder bij voorbaat zijn verpand niet aan de (eerdere) pandhouder worden tegengeworpen.

33 Art 3 97 jo 3 98 BW

34 Art 3 239 lid 1 BW Zie over dit vereiste hierna par 8 3

35 Art 3:239 lid 1 BW.

36 Zie art 475h lid 1 Rv en HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744 m nt HJS (Ontvanger/NMB)

37 Art 3 97 lid 2 BW

38 Art 3 97 lid 2 jo 98 BW

In vier situaties kan het ontstaan van het pandrecht wel worden verhinderd. De eerste situatie is dat zich, vóór het ontstaan van het pandrecht, één van de gevallen voordoet waarin beperkte rechten tenietgaan.³⁹ Deze situatie spreekt voor zich en behoeft geen nadere toelichting.

De tweede situatie waarin het ontstaan van een bij voorbaat gevestigd pandrecht wordt verhinderd, is dat de ten tijde van de vestiging bij voorbaat geldige titel met terugwerkende kracht ongeldig wordt door de vernietiging daarvan.⁴⁰ Zie hierover paragraaf 12.2.1.3.

De derde situatie waarin het ontstaan van een bij voorbaat gevestigd pandrecht wordt verhinderd, is het beschikkingsonbevoegd worden van de pandgever vóórdat hij rechthebbende van de vordering is geworden. Is zijn faillissement de oorzaak van zijn beschikkingsonbevoegdheid dan verhinderen ook art. 20 en 35 lid 2 Fw het ontstaan van het pandrecht.⁴¹

De vierde situatie waarin een bij voorbaat op een toekomstige vordering gevestigd pandrecht niet ontstaat, is dat de vordering niet ontstaat. Dat is vanzelfsprekend. Het pandrecht ontstaat ook niet indien de vordering weliswaar ontstaat, maar niet rechtstreeks voortvloeit uit een ten tijde van de vestiging van het pandrecht reeds bestaande rechtsverhouding. Dat is, gezien het bepaalde in art. 3:239 lid 1 BW, eveneens vanzelfsprekend, maar het is niet geheel duidelijk wat de betekenis van dit vereiste is. In paragraaf 8.3.1 wordt bij deze vraag stilgestaan. In verband met deze vraag rijst een extra complicatie als de rechtsverhouding na de vestiging van het pandrecht, maar voor het ontstaan van de vordering is overgegaan op een derde. Deze problematiek is het onderwerp van paragraaf 8.5.

8.3 Art. 3:239 lid 1 BW beperkt de *stille* verpanding van toekomstige vorderingen

189 *Betekenis en wenselijkheid van het vereiste van art. 3:239 lid 1 BW.* In afwijking van de regel dat op ieder toekomstig goed, met uitzondering van de in lid 1 van art. 3:97 BW genoemde goederen, beperkte rechten kunnen worden gevestigd,⁴² bepaalt art. 3:239 lid 1 BW dat een *stil* pandrecht op

39 Art. 3:81 lid 2 BW.

40 Art. 3:53 lid 1 BW.

41 Vgl. hetgeen daarover hiervoor in par. 8.1 wordt gezegd en zie ook par. 8.6.

42 Art. 3:97 jo. 98 BW.

een vordering uitsluitend kan worden gevestigd indien deze rechtstreeks voortvloeit uit een op het moment van het verrichten van de vestigingshandeling bestaande rechtsverhouding. Is aan dit vereiste niet voldaan dan kan een toekomstige vordering niet rechtsgeldig bij voorbaat worden verpand omdat de wet aan een geldige vestigingshandeling in de weg staat. Deze beperking roept de volgende, in de paragrafen 8.3.1 tot en met 8.4.2 te behandelen vragen op.

1. Aan de hand van welke criteria moet worden vastgesteld of een toekomstige vordering rechtstreeks voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding in de zin van art. 3:239 lid 1 BW?
2. Is het wenselijk dat de beperking van de mogelijkheid tot stille verpanding bij voorbaat van toekomstige vorderingen wordt gehandhaafd?

8.3.1 *Wat betekent 'rechtstreeks voortvloeiën uit een bestaande rechtsverhouding'?*

190. *Het bestaan van een rechtsverhouding.* Voor de beantwoording van de vraag wat de betekenis is van het vereiste *rechtstreeks voortvloeiën uit een bestaande rechtsverhouding*, is het van belang om allereerst te onderzoeken wanneer tussen partijen een rechtsverhouding bestaat. Tussen partijen bestaat in ieder geval een rechtsverhouding als zij een overeenkomst gesloten hebben, alsmede indien tussen hen uit de wet voortvloeiende verbintenissen bestaan. Ook in een eerder stadium kan tussen partijen reeds een rechtsverhouding bestaan. Bestaat tussen partijen een verhouding waaruit verbintenissen kunnen ontstaan, dan bestaat tussen hen een rechtsverhouding. Zo een rechtsverhouding bestaat tussen partijen bijvoorbeeld indien zij met elkaar in onderhandeling zijn over het sluiten van een overeenkomst, de precontractuele fase.⁴³

191. *Geen bepaaldheidsvereiste.* Onder het recht zoals dat gold vóór 1992, kon een toekomstige vordering uitsluitend worden gecedeerd indien deze een *onmiddellijke grondslag* had in een ten tijde van de cessie reeds bestaande rechtsverhouding. Een toekomstige vordering die geen onmiddellijke

43 Vgl. onder meer HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 m.nt. CJHB (Plas/Valburg) en HR 12 augustus 2005, JOR 2006/31 m.nt. B. Wessels, NJ 2005, 467 (Centraal Bureau Bouwtoezicht/JPO Projecten) Vgl. ook Schoordijk 1986, p. 322.

grondslag had in een bestaande rechtsverhouding was onvoldoende bepaald om overgedragen te kunnen worden.⁴⁴

De eis die art. 3:239 lid 1 BW aan toekomstige vorderingen stelt om voor stille verpanding vatbaar te zijn, is geen bepaaldheidseis.⁴⁵ Thans geldt namelijk een veel ruimer bepaaldheidsvereiste: een toekomstige vordering kan, ook indien deze ten tijde van de verpanding bij voorbaat nog geen onmiddellijke grondslag in een toen reeds bestaande rechtsverhouding heeft, voldoende bepaald zijn om verpand te kunnen worden.⁴⁶

192. *Het vereiste voor beslag op toekomstige vorderingen.* Het vereiste 'rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding' is door de wetgever ontleend aan art. 475 Rv.⁴⁷ In dit artikel begrenst dit vereiste de mogelijkheid om toekomstige vorderingen te beslaan. Uit de wetsgeschiedenis van art. 475 Rv blijkt dat dit vereiste beperkt moet worden uitgelegd, om de reden dat de wetgever beslag op toekomstige goederen slechts zeer beperkt mogelijk heeft willen maken.⁴⁸ Uitsluitend beslag op toekomstige vorderingen is in beperkte mate mogelijk.

De motivering van de wetgever voor de beperkte mogelijkheid om toekomstige goederen te beslaan, is dat beslag op toekomstige goederen voor de schuldenaar zeer ingrijpende gevolgen heeft. Zou zo een beslag onbeperkt mogelijk zijn, dan zou door het leggen van beslag de bedrijfsvoering van een schuldenaar voor onbepaalde tijd worden belemmerd of zelfs onmogelijk gemaakt. Zo een beslag, gelegd wegens het onbetaald laten van een wellicht op goede gronden betwiste vordering, zou in weinig verschillen van een faillissementsbeslag en snel tot het faillissement van een schuldenaar kunnen leiden. Deze mogelijkheid heeft de wetgever niet willen creëren.⁴⁹ Voor de Hoge Raad was een en ander een reden om

44 Vgl. HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 m.nt. WMK (Curatoren Solleveld/Bouwman). Eerder gold dat cessie van een vordering uitsluitend mogelijk was indien deze bestond. Aangenomen werd echter, dat een vordering bestond indien deze een onmiddellijke grondslag had in een reeds bestaande rechtsverhouding. Zie HR 29 december 1933, NJ 1934, p. 343 e.v. m.nt. PS (Fijn van Draat q.q./De Nederlanden). Zie over het toen geldende recht Wiarda 1937, p. 408-410. Zie ook hierna par. 8.6.1.

45 Zo ook Faber 1997, p. 198. A-G Franx maakte dit onderscheid ook reeds voor het oude recht in zijn conclusie vóór het arrest Curatoren Solleveld/Bouwman. Anders Van Mierlo 1988, par. 6.3.1.1, Reehuis 1989, p. 85, Westrik 2003, p. 125-127, Beekhoven van den Boezem 2003a, p. 13, voetnoot 43, Van den Heuvel 2004, p. 27 en Beekhoven van den Boezem 2005, bijvoorbeeld op p. 216, 217 en 222.

46 Zie hoofdstuk 7.

47 Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1337.

48 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 159.

49 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 157.

beslag op toekomstige vorderingen op een bank uit een met die bank gesloten kredietovereenkomst af te wijzen.⁵⁰

Gelet op deze bedoeling van de wetgever moet het vereiste 'rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding' van art. 475 Rv beperkt worden uitgelegd.⁵¹ Geheel duidelijk is het vereiste overigens niet. Duidelijk is wel dat een toekomstige vordering niet reeds vatbaar is voor derdenbeslag indien er een rechtsverhouding tussen de beslagdebiteur en de derde bestaat die mede de aanleiding kan zijn voor het ontstaan van de vordering. Een rol lijkt te spelen of voor het ontstaan van de vordering nog een nadere rechtshandeling moet worden verricht, maar doorslaggevend is ook dit criterium niet.⁵²

Voor beslag vatbaar zijn bijvoorbeeld niet vorderingen van een rekeninghouder op zijn bank die hij na beslaglegging verkrijgt als gevolg van een rechtshandeling die leidt tot creditering van zijn rekening, zoals een aan de bank gegeven betalingsopdracht door de rekeninghouder of door een derde. Voor beslag vatbaar is bijvoorbeeld wel een vordering op een opdrachtnemer, zoals een advocaat of notaris, die ontstaat doordat een derde aan de opdrachtnemer betaalt nadat het beslag onder de opdrachtnemer is gelegd.⁵³

Toekomstige vorderingen uit overeenkomsten die, zolang zij voortduren, zonder nadere rechtshandelingen tot bepaalde toekomstige betalingen verplichten, bijvoorbeeld arbeids- en huurovereenkomsten, zijn wel rechtstreeks uit een bestaande rechtsverhouding voortvloeiende vorderingen in de zin van art. 475 lid 1 Rv. Dergelijke vorderingen zijn vatbaar voor beslag.⁵⁴ Dat dergelijke vorderingen mogelijk niet ontstaan doordat bijvoorbeeld het huurgenot niet wordt verschaft of de arbeid niet wordt verricht, doet niets af aan de mogelijkheid om deze vorderingen te beslaan. Zou dit anders zijn dan zou beslag op toekomstige vorderingen

50 HR 29 oktober 2004, JOR 2004/338 m nt A van Hees, NJ 2006, 14 m nt H J Snyders, JBPr 2004/68 m nt A W Jongbloed (Van den Bergh/Van der Walle en ABN AMRO) Vgl ook Verdaas 2005a

51 Vgl Verdaas 2002a, p 35-36

52 Vgl Parl Gesch Wijziging Rv e a w (Inv 3, 5 en 6), p 156-159 en Verdaas 2002a, p 36

53 Zie HR 7 juni 1929, NJ 1929, p 1285 e v m nt PS (Giro-arrest), Parl Gesch Wijziging Rv e a w (Inv 3, 5 en 6), p 155 en 158, Mijnssen 1995, p 68-70 en Rank 1996, p 227-229

54 Zie Parl Gesch Wijziging Rv e a w (Inv 3, 5 en 6), p 155 Zo ook Van Mierlo 2005 (Burgerlijke Rechtsvordering), art 475 Rv, aant 6 Zie voor wat betreft de jurisprudentie van de Hoge Raad bijvoorbeeld HR 25 februari 1932, NJ 1932, p 301 e v m nt PS (Loonbeslag-arrest) en HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m nt HJS (Van Berkel/Tribosa)

onmogelijk zijn: de onzekerheid ten aanzien van het ontstaan van de vorderingen is inherent aan het toekomstige karakter ervan.

193. *Beslag en het einde van de bron van de vorderingen.* Eindigt een overeenkomst die de bron is waaruit de beslagen vorderingen voortvloeien, dan eindigt het beslag voor zover dit is gelegd op vorderingen die, als gevolg van het eindigen van de overeenkomst, niet meer ontstaan. Wordt na het eindigen van bijvoorbeeld een huurovereenkomst een nieuwe huurovereenkomst gesloten, dan rust het beslag niet op de uit die overeenkomst voortvloeiende vorderingen, ook niet indien dat een overeenkomst is met dezelfde partij. Wel geldt dat de beëindiging van een huurovereenkomst die als het doen van afstand van de beslagen vorderingen moet worden uitgelegd niet aan de beslaglegger kan worden tegengeworpen.⁵⁵ Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat als een overeenkomst wordt beëindigd en een nieuwe, vergelijkbare overeenkomst met een andere rechtspersoon wordt gesloten teneinde het beslag te frustreren, het beslag rust op de vorderingen op de nieuwe contractspartij.⁵⁶

Wel kan worden aangenomen dat de vorderingen die ontstaan door de opzegging of ontbinding van een overeenkomst onder een eerder gelegd beslag vallen. Ondanks dat voor het ontstaan van dergelijke vorderingen nog een nadere rechtshandeling nodig is, zijn zij zó nauw verbonden met de overeenkomst waaruit zij voortvloeien, dat zij rechtstreeks voortvloeien uit de ontbonden of opgezegde overeenkomst.

194. *Betekenis van het vereiste van art. 3:239 lid 1 BW; wetsgeschiedenis.* Anders dan een beslag op toekomstige vorderingen belemmert de verpanding daarvan de bedrijfsvoering van de schuldenaar niet. Dat het vereiste van art. 475 Rv beperkt moet worden uitgelegd, is mijns inziens geen goed argument om ook het vereiste van art. 3:239 lid 1 BW beperkt uit te leggen.⁵⁷ Dat het vereiste van art. 3:239 lid 1 BW anders moet worden uitgelegd dan het vereiste van art. 475 Rv is in de wetsgeschiedenis niet expliciet overwogen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt wel dat de wetgever met het vereiste 'rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding' in art. 3:239 lid 1 BW, "(...) goeddeels het stelsel dat in het huidige (thans oude, AJV) recht voor de cessie tot zekerheid geldt (...)" wilde

55 Art. 475h lid 1 Rv. Zie ook A-G Hartkamp in nr. 20 van zijn conclusie vóór HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.nt. HJS (Van Berkel/Tribosa).

56 Vgl. HR 9 juni 1995, NJ 1996, 213 (Krijger/Citco).

57 Vgl. Verdaas 2002a, p. 35-38 en Damkot en Verdaas 2003, p. 3-4.

handhaven.⁵⁸ Hieruit mag worden afgeleid dat het huidige vereiste 'rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding' dezelfde betekenis heeft als het onder het oude recht in de jurisprudentie ontwikkelde vereiste 'onmiddellijke grondslag hebben in een bestaande rechtsverhouding'.

In de onder het oude recht gevormde jurisprudentie werd al snel aangenomen dat een vordering een onmiddellijke grondslag had in een bestaande rechtsverhouding.⁵⁹ 'Onmiddellijke grondslag hebben in een bestaande rechtsverhouding' was een ruimer begrip dan 'rechtstreeks ontstaan uit een bestaande bron' (in de praktijk: een overeenkomst).⁶⁰ Voldoende leek te zijn dat partijen tot elkaar in een rechtsbetrekking stonden die mede een grondslag vormde voor de vordering.⁶¹ Volgens dit vereiste kan ook een vordering die eerst ontstaat doordat een nadere rechtshandeling wordt verricht, zoals een wilsuiking of het sluiten van een overeenkomst, een onmiddellijke grondslag hebben in een (eerdere) rechtsbetrekking.⁶² Uit de wetsgeschiedenis volgt mijns inziens dan ook dat het vereiste dat een toekomstige vordering rechtstreeks moet voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding om voor stille verpanding bij voorbaat vatbaar te zijn, ruim moet worden uitgelegd. Ook een vordering die eerst ontstaat doordat een nadere handeling wordt verricht kan, in de in art. 3:239 lid 1 BW bedoelde zin, een vordering zijn die rechtstreeks voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding. Voldoende lijkt te zijn dat partijen ten tijde van de verpanding bij voorbaat tot elkaar in een rechtsbetrekking staan die mede de grondslag, de aanleiding vormt voor het ontstaan van de vordering.

Minder gelukkig is zo gezien dan ook de opmerking van de minister van Justitie in de Nota naar aanleiding van het Verslag bij het wetsvoorstel waarmee de stille cessie mogelijk is gemaakt, dat 'rechtstreeks voortvloeien uit' in art. 3:239 lid 1 BW hetzelfde moet worden uitgelegd als 'rechtstreeks voortvloeien uit' in art. 475 Rv.⁶³

Minder gelukkig is ook het oordeel van het Gerechtshof Arnhem dat toekomstige provisievoororderingen van een assurantietussenpersoon op

58 Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1337

59 HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 m nt WMK (Curatoren Solleveld/Bouwman), HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 m nt WMK (SOS/ABN), HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 m nt WMK (Staal/Ambags q q) en HR 16 juni 1995, NJ 1996, 508 m nt WMK (Ontvanger/Rabobank)

60 Zo ook Reehuis 1989, p. 74

61 Zo begrijp ik ook Schoordijk 1986, p. 322

62 Idem Verhagen en Rongen 2000, p. 60

63 Kamerstukken II, 2003/04, 28 878, nr. 5, p. 8. Zie ook Verdaas 2003b

een verzekeraar uitsluitend bij voorbaat stil kunnen worden verpand indien er een verzekeringsovereenkomst is gesloten die het recht op provisie van de assurantietussenpersoon (mede) doet ontstaan.⁶⁴ Dergelijke vorderingen hebben namelijk niet (uitsluitend) hun grondslag in die verzekeringsovereenkomst, maar (mede) in de rechtsverhouding tussen de assurantietussenpersoon en de verzekeraar waar afspraken over provisiebetalingen deel van uit plegen te maken.

195. *Relatief toekomstige vorderingen.* Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet hoe het vereiste 'rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding' moet worden uitgelegd indien de te verpanden vordering geen absoluut toekomstige vordering is maar een relatief toekomstige vordering, een reeds bestaande vordering die de pandgever mogelijk van een derde zal verkrijgen. Faber meent dat in een dergelijk geval vereist is dat de pandgever de vordering rechtstreeks verkrijgt uit een rechtsverhouding tussen de vervreemder van de vordering en de pandgever.⁶⁵ Mijns inziens is dat niet het geval en ziet het vereiste 'rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding' uitsluitend op de rechtsverhouding tussen de oorspronkelijke schuldeiser en de debiteur van de vordering. Om een relatief toekomstige vordering te kunnen verpanden is noodzakelijk, maar ook voldoende dat deze tussen de oorspronkelijke schuldeiser en de debiteur reeds bestaat of rechtstreeks zal voortvloeien uit een tussen de oorspronkelijke schuldeiser en de debiteur reeds bestaande rechtsverhouding.

196. *Het arrest Van den Bergh/Van der Walle en ABN AMRO.* Steun voor de in deze paragraaf bepleite enge uitleg van het vereiste 'rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding' van art. 475 Rv en de ruime uitleg van hetzelfde vereiste in art. 3:239 lid 1 BW ontleen ik aan het arrest van de Hoge Raad waarin hij oordeelde dat beslag op kredietruimte niet mogelijk is.⁶⁶ In dat arrest overweegt de Hoge Raad dat een toekomstige vordering van een kredietnemer op zijn bank uit een kredietovereenkomst een vordering is die zijn onmiddellijke grondslag vindt in een bestaande rechtsverhouding. Zoals gezegd is dit het - ruime - vereiste aan de hand waarvan naar oud recht werd bepaald of een toekomstige vordering vat-

64 Hof Arnhem 23 januari 2001, JOR 2001/101 (Lanfermeijer/SNS Bank).

65 Faber 1997, p. 199.

66 HR 29 oktober 2004, JOR 2004/338 m.nt. A. van Hees, NJ 2006, 14 m.nt. H.J. Snijders, JBPr 2004/68 m.nt. A.W. Jongbloed (Van den Bergh/Van der Walle en ABN AMRO).

baar was voor cessie en heeft dit vereiste dezelfde betekenis als het huidige 'rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding' in art. 3:239 lid 1 BW.

In hetzelfde arrest wijst de Hoge Raad beslag op een dergelijke vordering af, onder meer op grond van de hiervoor besproken overwegingen in de wetsgeschiedenis die voor de wetgever aanleiding waren om beslag op toekomstige vorderingen slechts beperkt mogelijk te maken door dit te beperken tot beslag op vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding. Hoewel de Hoge Raad zulks niet expliciet overweegt, is dit mijns inziens een aanwijzing dat de Hoge Raad het 'rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding' in art. 475 Rv enger uitlegt dan het 'rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding' in art. 3:239 lid 1 BW.⁶⁷

M.B. Beekhoven van den Boezem verklaart de tegenstelling tussen enerzijds de overweging van de Hoge Raad dat de betreffende vordering zijn onmiddellijke grondslag vindt in een bestaande rechtsverhouding en anderzijds het oordeel van de Hoge Raad dat deze niet vatbaar is voor beslag hierdoor dat de Hoge Raad het vereiste uit art. 475 Rv niet toepast.⁶⁸ Deze verklaring komt mij onwaarschijnlijk voor, omdat het niet voor de hand ligt dat de Hoge Raad een norm die duidelijk voor het voorliggende geval bedoeld is niet toepast en het nog minder voor de hand ligt dat de Hoge Raad dat zou doen zonder zulks te motiveren.

197. *Eigen opvatting.* Naar mijn mening is een toekomstige vordering voor stille verpanding vatbaar indien er enige rechtsbetrekking is tussen de pandgever en de debiteur en die rechtsverhouding (mede) de aanleiding vormt voor het ontstaan van die vordering. Dat nadere rechtshandelingen nodig zijn voordat de vordering deel gaat uitmaken van het vermogen van de pandgever, alsmede dat die rechtsbetrekking niet de uiteindelijke bron van de vordering vormt, is daarbij irrelevant. Is sprake van een relatief toekomstige vordering, dan zien deze vereisten op de rechtsbetrekking tussen de oorspronkelijke schuldeiser en de debiteur. De in deze paragraaf gegeven ruime interpretatie van het vereiste 'rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding' van art. 3:239 lid 1 BW is in overeenstemming met het in hoofdstuk 2 geformuleerde uitgangspunt dat stille verpanding van vorderingen op ruime schaal mogelijk moet zijn. Dat wil niet zeggen dat ik ervoor wil pleiten de beperking van

67 Vgl. Verdaas 2005a, p. 247.

68 Beekhoven van den Boezem 2005, p. 222.

de mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen te handhaven. Zie over deze vraag hierna paragraaf 8.4.

198. *Aanpassing van het vereiste van art. 3:239 lid 1 BW.* Zoals gezegd moet het vereiste 'rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding' van art. 3:239 lid 1 BW naar mijn mening ruim worden uitgelegd en heeft dit een ruimere betekenis dan het in dezelfde bewoordingen gestelde vereiste in art. 475 Rv.⁶⁹ Het is niet zeker dat deze opvatting geldend recht is. Kiest de wetgever er niet voor om de beperking van de mogelijkheid om toekomstige vorderingen stil te verpanden te schrappen (zie hierna paragraaf 8.4), dan is het wenselijk dat hij het verschil in betekenis tussen de beide vereisten in de formulering ervan tot uitdrukking brengt door uit art. 3:239 lid 1 BW het woord 'rechtstreeks' te schrappen. Daardoor zou duidelijk worden gemaakt dat een toekomstige vordering voor stille verpanding vatbaar is als er tussen de debiteur en de crediteur een rechtsverhouding bestaat die mede de grondslag voor het ontstaan van de vordering vormt, ongeacht of voor het ontstaan daarvan nog een nadere handeling nodig is.

8.4 Is beperking van de mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen wenselijk?

199. *Onbeperkte verpanding van toekomstige vorderingen?* Het onderwerp van deze paragraaf is de vraag of beperking van de mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen wenselijk is, ongeacht of de in art. 3:239 lid 1 BW opgenomen beperking van de mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen wordt uitgelegd of wordt aangepast op de in de paragraaf 8.3.1 bepleite wijze.⁷⁰ Afschaffing van deze beperking zou er toe leiden dat een rechtssubject, gelet op de ruime uitleg die in het huidige recht aan het bepaaldheidsvereiste wordt gegeven,⁷¹ al zijn bestaande en toekomstige vorderingen (voor zover nodig bij

69 Anders Faber 2005, p. 274, voetnoot 122. Faber onderbouwt deze stelling niet anders dan door een verwijzing naar de betreffende wetsbepalingen

70 Een pleidooi voor afschaffing is gehouden door Van Buuren 2002, Damkot en Verdaas 2003, Van den Heuvel 2004, p. 168, Verdaas 2005b en Janssen 2006, p. 754-755. Zie over deze vraag ook Westrik 2003, die geen duidelijk 'pro of contra' uitsprekt, maar in zijn "epiloog" wel duidelijk maakt geen bezwaar tegen de verruiming van de mogelijkheid tot verpanding van toekomstige vorderingen te hebben.

71 Zie hoofdstuk 7 hiervóór.

voorbaat) stil zou kunnen verpanden. Ik zal daartoe de argumenten bespreken die er zijn voor dan wel tegen beperking van de mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen.⁷²

8.4.1 *Argumenten vóór een beperkte mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen*

200. *Bescherming van de pandgever.* Een argument om de mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen te beperken, is dat een rechtssubject tegen te ondoordachte vervreemding of het in zekerheid geven van (een bepaalde categorie van) al zijn (bestaande en toekomstige) vermogensbestanddelen moet worden beschermd. De mogelijkheid dat een rechtssubject als het ware met één pennenstreek al zijn (toekomstige) vorderingen verpandt houdt het gevaar in dat hij of zij te ondoordacht te werk gaat. Als die mogelijkheid bestaat zullen schuldeisers met een sterke onderhandelingspositie van hun kredietnemers kunnen eisen dat zij al hun toekomstige vorderingen verpanden.

Met een beroep op deze beschermingsgedachte is in de literatuur ook gepleit voor een streng bepaaldheidsvereiste. Een pandgever zou vooral tegen al te gemakkelijke verpanding van *toekomstige* goederen beschermd moeten worden; hij kan de gevolgen van de vervreemding of bezwaring van zijn toekomstige goederen nog moeilijker overzien dan de gevolgen van de vervreemding van zijn tegenwoordige goederen.⁷³

In paragraaf 2.2.1 is bescherming van zekerheidsgevers door voor alle rechtssubjecten geldende goederenrechtelijke beperkingen reeds als te ongenueanceerd van de hand gewezen. Voor zover bescherming van de pandgever geïndiceerd is, dient deze naar mijn mening te worden gezocht in algemene leerstukken als de aantastbaarheid van rechtshandelingen wegens wilsgebreken⁷⁴ en in regelingen voor specifieke groepen, zoals in het consumentenrecht. Een voorbeeld van de laatste beschermingsmethode is art. 33 aanhef en sub d Wet op het consumentenkrediet dat een aan die wet onderworpen overeenkomst waarbij op bepaalde vorderingen, zoals loon- of alimentatievorderingen, een pandrecht wordt bedongen nietig doet zijn.

Denkbaar is ook dat de redelijkheid en billijkheid gebiedt dat een houder van zekerheidsrechten een deel van die rechten prijsgeeft door

72 Zie voor een dergelijke inventarisatie ook Damkot en Verdaas 2003, p. 5-9 en Verdaas 2005b, p. 400-404.

73 Zie Struycken 1997, p. 134-139.

74 Zoals misbruik van omstandigheden, art. 3:44 BW.

daar afstand van te doen.⁷⁵ Een pandhouder die geen door een pandrecht verzekerde vorderingen meer heeft op zijn debiteur en die ook niet meer door in het verleden gelegen oorzaken zal verkrijgen, is naar mijn mening zonder meer gehouden afstand van zijn pandrecht te doen.

201. *Bescherming van concurrente crediteuren.* Een ander argument voor een beperkte mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen is bescherming van de concurrente crediteuren van de pandgever. Indien stille verpanding van (toekomstige) vorderingen op ruime schaal mogelijk is, vergroot dat de kans dat concurrente crediteuren van de pandgever daarop geen verhaal kunnen nemen, nu een beslag op een vordering een eerdere verpanding bij voorbaat van die vordering niet raakt.⁷⁶ Door beperking van de stille verpanding van toekomstige vorderingen wordt meer aan de belangen van deze concurrente crediteuren tegemoetgekomen.⁷⁷ Voor de wetgever is dit de enige reden geweest om de mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen te beperken, omdat "een onbeperkte mogelijkheid (...) op toekomstige vorderingen stil pandrecht te vestigen, (...) ten koste zou kunnen gaan van de gewone schuldeisers die in de praktijk in belangrijke mate op derdenbeslag zijn aangewezen."⁷⁸

In paragraaf 2.2.2 is aangegeven waarom bescherming van de concurrente crediteuren van de pandgever door hem generieke beperkingen op te leggen bij de beschikking over zijn (toekomstige) vermogensbestanddelen mijns inziens moet worden afgewezen. Hier wordt volstaan met een verwijzing naar wat daar over dit rechtspolitieke (verdelings)vraagstuk is gezegd.

8.4.2 *Argumenten tegen een beperkte mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen*

202. *Gelijkstelling met toekomstige roerende zaken.* Een argument tegen een beperkte mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen is dat er geen aanleiding is om toekomstige vorderingen anders te behandelen dan toekomstige roerende zaken. De wetgever heeft stille verpanding van toekomstige roerende zaken op ruime schaal mogelijk gemaakt om de schuldenaar zo optimaal in staat te stellen om die zaken liquide te

75 Zie hierover Beuving en Tjittes 1998 en Van den Heuvel 2001.

76 Vgl. art. 475h lid 1 Rv.

77 Vgl. Struycken 1997, p. 136-139.

78 Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1337.

maken door krediet met als onderpand die zaken aan te trekken. Doordat door de kredietnemer nieuw verkregen of gevormde zaken bij voorbaat kunnen worden verpand, wordt bevorderd dat de kredietgever zich voor een langere periode bereid verklaart om krediet te verschaffen.⁷⁹

Dit argument geldt in even sterke en voor bepaalde ondernemingen zelfs in sterkere mate voor de mogelijkheid om toekomstige vorderingen stil te kunnen verpanden. Veel kredietnemers, zoals dienstverlenende ondernemingen, hebben tegenwoordig nauwelijks (on)roerende zaken in eigendom, maar des te meer vorderingen op hun afnemers/cliënten, zodat deze ondernemingen aan hun financiers ter verzekering van aan hen verleende kredieten slechts een pandrecht op hun (toekomstige) vorderingen kunnen aanbieden.⁸⁰

203. *Andere rechtsstelsels en het cessieverdrag.* Een ander argument tegen een beperkte mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen is dat overdracht van toekomstige vorderingen, ook ten titel van zekerheid, onder common law rechtsstelsels in beginsel onbeperkt mogelijk is.^{81,82} Gevolg is dat partijen die transacties naar Nederlands recht doen in dit opzicht minder mogelijkheden hebben dan partijen die voor bijvoorbeeld Engels recht (kunnen) kiezen.⁸³

In het UNCITRAL-Verdrag inzake cessie van vorderingen in internationale handel⁸⁴ is weliswaar niet bepaald dat cessie van toekomstige vorderingen onbeperkt mogelijk moet zijn, maar wel dat een cessie niet ongeldig mag zijn *omdat* de vordering toekomstig is.⁸⁵ Ook dit is een argument om de stille verpanding van vorderingen (evenals de stille cessie) niet te beperken.

79 Parl Gesch Boek 3 (Inv 3, 5 en 6), p 1246

80 Vgl de par 13 en 22 hiervóór

81 Wel kent men ook in deze rechtsstelsels vorderingen die naar hun aard of door een wettelijk verbod niet overdraagbaar zijn

82 Vgl Uniken Venema/Zwalve 2000, p 248-249 en Goode 2004, p 747

83 Een vergelijkbaar concurrentienadeel is het gevolg van de beperkte mogelijkheden om naar Nederlands recht goederen tot zekerheid over te dragen, zie hiervóór par 5323

84 Aanvaard door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 12 december 2001 Het verdrag, de preambule bij het verdrag en een toelichting op het verdrag van het UNCITRAL-secretariaat zijn te raadplegen via de website van UNCITRAL <<http://www.uncitral.org>> Nederland heeft het verdrag niet geratificeerd

85 Zie art 8 van het verdrag en nr 26 van de toelichting Aan het verdrag ligt de veronderstelling ten grondslag dat cessie tot zekerheid mogelijk is, zie hiervóór par 5323

204. *Wenselijk recht.* In paragraaf 2.2.4 werd geconcludeerd dat een ruime mogelijkheid tot stille verpanding van vorderingen het uitgangspunt moet zijn. Er zijn naar mijn opvatting geen goede argumenten om in afwijking van dit uitgangspunt de mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen te (blijven) beperken tot vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit een ten tijde van de verpanding reeds bestaande rechtsverhouding. Er zijn wel goede argumenten om de stille verpanding van toekomstige vorderingen onbeperkt toe te laten. Ik acht het wenselijk om de in art. 3:239 lid 1 BW opgenomen beperking van de mogelijkheid om toekomstige vorderingen stil te verpanden te schrappen.

Opgemerkt zij, dat het schrappen van deze beperking tot gevolg heeft dat de stille verpanding van toekomstige vorderingen op ruimere schaal mogelijk wordt dan de openbare verpanding daarvan. Openbare verpanding van een vordering is uitsluitend mogelijk als de debiteur van de vordering bekend is, gelet op de voor openbare verpanding vereiste mededeling aan de debiteur.⁸⁶ Bezwaarlijk lijkt mij dat niet.

8.5 Overgang van de rechtsverhouding van de pandgever op een derde

205. *Overgang vóór het ontstaan van de vordering.* Een rechtsverhouding waaruit toekomstige vorderingen kunnen ontstaan die bij voorbaat zijn verpand, kan van de pandgever overgaan op een derde. In zo een geval rijst de vraag of op een vordering die na de overgang van de rechtsverhouding ontstaat het bij voorbaat gevestigde pandrecht rust. Deze vraag wordt hierna besproken voor achtereenvolgens de overgang van de rechtsverhouding onder algemene titel, contractsovername en de overgang van een huurovereenkomst op grond van art. 7:226 lid 1 BW.

Is sprake van een *stil* pandrecht dan dient voor een bevestigend antwoord op deze vraag in ieder geval voldaan te zijn aan het vereiste dat de vordering rechtstreeks voortvloeit uit de rechtsverhouding zoals die bestond ten tijde van de verpanding.⁸⁷

8.5.1 Overgang van de rechtsverhouding onder algemene titel

206. *Geen gevolgen voor het ontstaan van het pandrecht.* Is een rechtsverhouding onder algemene titel overgegaan, dan zet de verkrijger de volle-

⁸⁶ Art. 3:94 lid 1 jo. 3:97 lid 1 en 3:98 BW.

⁸⁷ Zie art. 3:239 lid 1 BW en par. 8.2-8.3 hiervóór.

dige rechtspositie van zijn voorganger voort; hij volgt zijn voorganger op in zijn vermogen.⁸⁸ Overgang van een rechtsverhouding onder algemene titel is uitsluitend mogelijk in de vier in de wet genoemde gevallen: erfopvolging, boedelmenging, juridische fusie of juridische splitsing.^{89 90}

Is een toekomstige vordering uit een rechtsverhouding bij voorbaat geleverd of is daarop bij voorbaat een beperkt recht gevestigd en ontstaat de vordering na de overgang van die rechtsverhouding onder algemene titel, dan staat de overgang er mijns inziens niet aan in de weg dat de levering of vestiging het beoogde rechtsgevolg heeft. Op het moment van het ontstaan van de vordering is weliswaar de rechtsopvolger en niet degene die de vordering leverde of daarop een beperkt recht vestigde bevoegd om daarover te beschikken, maar omdat de rechthebbende de volledige rechtspositie van zijn voorganger voortzet, vormt dit geen belemmering voor de overgang als gevolg van de eerdere levering of voor het ontstaan van het beperkte recht als gevolg van de eerdere vestiging.

Zou zonder de overgang voldaan zijn aan het voor de vestiging van een stil pandrecht bij voorbaat geldende vereiste dat de vordering rechtstreeks voortvloeit uit een ten tijde van de verpanding bestaande rechtsverhouding,⁹¹ dan is aan dit vereiste ook voldaan als de vordering ontstaat na de overgang onder algemene titel.

8.5.2 Overgang van de rechtsverhouding door contractsovername

207. *Dezelfde rechtsverhouding, maar een ander vermogen.* Is een rechtsverhouding een overeenkomst, dan kan deze door contractsovername op een derde overgaan.⁹² In dat geval zet de verkrijger niet de volledige rechtspositie van de oorspronkelijke contractspartij (de pandgever) voort, maar gaan de rechten en verplichtingen uit de overeenkomst over op de verkrijger.⁹³

Er is mijns inziens geen bezwaar tegen om dit als een voortzetting van dezelfde rechtsverhouding te beschouwen in de in art. 3:239 lid 1 BW

88 Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 307.

89 Vgl. art. 3:80 lid 1 BW en Parl. Gesch. Boek 3, p. 307.

90 Door de Ondernemingskamer werd dit miskend in zijn arrest van 31 juli 2001, JOR 2001/170 m.nt. S.M. Bartman (ING/Akzo Nobel), vgl. nr. 29 van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent voor het in cassatie daarvan gewezen arrest (HR 28 juni 2002, JOR 2002/136 m.nt. Steef M. Bartman, NJ 2002, 447 m.nt. Ma (Akzo Nobel/ING)).

91 Art. 3:239 lid 1 BW, vgl. ook par. 8.2-8.3 hiervóór.

92 Art. 6:159 lid 1 BW.

93 Art. 6:159 lid 2 BW.

bedoelde zin. Zou de vordering zonder contractsoverneming rechtstreeks voortvloeien uit een ten tijde van de vestiging van het stil pandrecht bestaande rechtsverhouding, dan vloeit de vordering tevens rechtstreeks voort uit een bestaande rechtsverhouding als na de vestiging en vóór het ontstaan van de vordering contractsoverneming plaatsvindt.

Een vordering die ontstaat na de rechtsopvolging ontstaat in het vermogen van de rechtsopvolger en niet in dat van de rechtsvoorganger (de pandgever). Voor het ontstaan van een pandrecht op een bij voorbaat verpande toekomstige vordering, is beschikkingsbevoegdheid van de pandgever vereist op het moment van het ontstaan van de vordering.⁹⁴ Ontstaat de vordering na de contractsoverneming, dan ontstaat deze in het vermogen van de rechtsopvolger en is niet de pandgever, maar de rechtsopvolger bevoegd om daarover te beschikken. Om deze reden komt op een vóór contractsoverneming verpande toekomstige vordering bij het ontstaan van die vordering na contractsoverneming niet het bij voorbaat gevestigde pandrecht te rusten. De regel dat een latere overdracht of vestiging van een beperkt recht geen gevolgen heeft voor het bij voorbaat gevestigde pandrecht,⁹⁵ is hier niet van toepassing omdat contractsoverneming een verbintenisrechtelijke figuur is die geen overdracht (bij voorbaat) van de uit het contract voortvloeiende vorderingen behelst.

208. *Wel beslag op een vordering die na contractsoverneming ontstaat.* Art. 475h Rv verzet zich niet tegen overgang van een beslagen toekomstige vordering op een derde. Het artikel bepaalt wel dat een vervreemding of bezwaring van een vordering niet aan de beslaglegger kan worden tegengeworpen. De bewoordingen vervreemding of bezwaring lijken te zien op beschikkingshandelingen: een levering aan een derde of de vestiging van een beperkt recht ten behoeve van een derde en derhalve niet op een overgang door middel van contractsoverneming. Gelet op de aard en het doel van een beslag ligt het voor de hand de blokkerende werking van een beslag ook van toepassing te achten op contractsoverneming nadat het beslag is gelegd.⁹⁶ Steun hiervoor biedt het arrest Van Berkel/Tribosa.⁹⁷ In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de blokkerende werking van art.

94 Zie par. 8.1 hiervóór.

95 Zie over deze prioriteitsregel bijvoorbeeld Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 66 en 461-466.

96 In dezelfde zin, zij het iets minder stellig, Broekveldt 2003, par. 4.3.5.2.8. Vgl. ook Faber 2005, nr. 290, die verdedigt dat de blokkerende werking van art. 475h Rv er aan in de weg staat dat een na beslaglegging overeengekomen verrekeningsbevoegdheid aan de beslaglegger wordt tegengeworpen.

97 HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.nt. HJS.

475h Rv⁹⁸ tot gevolg heeft dat de overgang van rechtswege van een huur-overeenkomst op grond van art. 7:226 BW, met zich meebrengt dat een vóór de vervreemding gelegd beslag op de toekomstige huurvorderingen daarop ook na de vervreemding blijft rusten.⁹⁹

209. *Wenselijk recht?* Is het niet wenselijk dat een contractsoverneming, evenals aan een beslaglegger, niet aan een pandhouder kan worden tegengeworpen? Mijns inziens is dat niet het geval. Het past bij het afgeleide karakter van het pandrecht en het verbintenisrechtelijke karakter van een contractsoverneming dat een contractsoverneming aan de pandhouder kan worden tegengeworpen. Het is in dit geval gerechtvaardigd om af te wijken van het uitgangspunt dat beslag en pandrecht zoveel mogelijk gelijk behandeld moeten worden.

Daarbij komt dat de pandhouder in voorkomend geval mogelijk kan ageren op grond van de pauliana, toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad. Daarenboven zal in geval van contractsoverneming een overeengekomen verplichting tot het vestigen van pandrechten op (toekomstige) vorderingen veelal wel overgaan op de rechtsopvolger van de pandgever. Hoofdregel is dat alle verplichtingen in geval van contractsoverneming mee overgaan. Uitsluitend als sprake is van een nevenverplichting, een bijkomstige, niet essentiële verplichting, kunnen partijen anders overeenkomen.¹⁰⁰ Wanneer wel of niet sprake is van een zo een nevenverplichting moet van geval tot geval worden beoordeeld. Die beoordeling is door de wetgever aan de rechter overgelaten.¹⁰¹ Een verplichting tot het vestigen van zekerheidsrechten zal veelal niet een bijkomstige, maar een essentiële verplichting zijn.

8.5.3 *Overgang van een huurverhouding ex art. 7:226 BW*

210. *Geen pandrecht op vorderingen die ontstaan na overgang.* In art. 7:226 lid 1 BW is bepaald dat overdracht van een verhuurde zaak door de verhuurder tot gevolg heeft dat de rechten en verplichtingen van de verhuurder die opeisbaar worden na de overdracht overgaan op de verkrijger. De op het moment van vervreemding van het verhuurde nog te verschijnen huurvorderingen gaan bijgevolg over op de verkrijger van het

98 Destijds het nog in te voeren art. 475b Rv.

99 Zie over dit arrest hierna par. 8.5.3.

100 Vgl. art. 6:159 lid 2 BW en Parl. Gesch. Boek 6, p. 584-585.

101 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 585-586.

verhuurde.¹⁰² Hoe is de situatie als de pandgever op nog niet verschenen vorderingen uit een huurovereenkomst pandrechten heeft gevestigd, hij het verhuurde heeft vervreemd en de nog niet verschenen huurvorderingen ex art. 7:226 BW (art. 7A:1612 OBW) overgaan op de nieuwe eigenaar? Nog niet verschenen huurtermijnen zijn toekomstige vorderingen,¹⁰³ zodat deze nadat het verhuurde op de verkrijger is overgegaan niet ontstaan in het vermogen van de pandgever (de eerste verhuurder), maar in het vermogen van de verkrijger; van overgang van de huurvorderingen in goederenrechtelijke zin is geen sprake. Dat brengt met zich mee dat de eerste verhuurder ten tijde van het ontstaan van die vorderingen niet bevoegd is om daarover te beschikken. Om die reden heeft de overgang ex art. 7:226 lid 1 BW voor bij voorbaat gevestigde pandrechten hetzelfde gevolg als contractsoverneming. Op de huurvorderingen die na de overgang ontstaan, rusten geen pandrechten ingevolge de verpanding bij voorbaat door de eerste verhuurder.¹⁰⁴

211. *Wel beslag op vorderingen die ontstaan na overgang van een huurverhouding ex art. 7:226 BW.* Anders is de situatie in geval van beslag op toekomstige huurvorderingen gevolgd door de vervreemding van het verhuurde, de situatie die zich voordeed in het arrest Van Berkel/Tribosa.¹⁰⁵ Door de blokkerende, fixerende werking van art. 475h Rv rust zo een beslag na de overgang van de huurverhouding ook op de huurvorderingen die na de overgang ontstaan.

8.6 Pandrecht op toekomstige vorderingen en het faillissement van de pandgever

212. *Geen pandrecht als de vordering na faillietverklaring ontstaat.* Faillieert de pandgever die bij voorbaat een pandrecht heeft gevestigd op een toekomstige vordering vóórdat deze vordering als tegenwoordige vordering tot zijn vermogen behoort, dan verhinderen art. 20, 23 en 35 lid 2 Fw dat op de vordering een pandrecht ontstaat.¹⁰⁶

102 Vgl. HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.nt. HJS (Van Berkel/Tribosa).

103 Zie HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 m.nt. G (WUH/Emmerig q.q.).

104 In dezelfde zin Van Swaaij 2000, nr. 369-377,

105 HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.nt. HJS.

106 Zie hiervóór par. 8.1-8.2

213. *Absoluut en relatief toekomstige vorderingen.* Eerder in dit hoofdstuk is uiteengezet dat er twee situaties denkbaar zijn waarin een vordering nog niet tot het vermogen van de pandgever behoort. Een vordering wordt een absoluut toekomstige vordering genoemd als deze nog in geen enkel vermogen bestaat. Een vordering die reeds bestaat maar nog niet tot het vermogen van de pandgever behoort, is een voor de pandgever relatief toekomstige vordering.¹⁰⁷ Denkbaar is ook een combinatie van deze beide situaties: een vordering bestaat in het geheel nog niet, maar zal mogelijk in een ander vermogen dan het vermogen van de pandgever ontstaan en zal na haar ontstaan mogelijk tot het vermogen van de pandgever gaan behoren. Is voor beide situaties duidelijk of op het moment van de faillietverklaring van de pandgever een pandrecht op de vordering bestaat, dan zal dat ook voor de combinatie van deze beide situaties het geval zijn. Deze combinatie blijft om die reden in het navolgende buiten beschouwing.

214. *De verwerving van een relatief toekomstige vordering.* In geval van een relatief toekomstige vordering is vrij eenvoudig te bepalen of de bij voorbaat verpande vordering op het moment waarop de pandgever faillieert tot zijn vermogen behoort. Een toekomstige vordering kan bij voorbaat worden geleverd door middel van een akte en mededeling daarvan aan de debiteur,¹⁰⁸ dan wel, mits de vordering rechtstreeks voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding, door middel van een authentieke of geregistreerde onderhandse akte zonder mededeling aan de debiteur.¹⁰⁹ Een relatief toekomstige vordering gaat, aangenomen dat aan de overige vereisten voor een geldige overdracht is voldaan, tot het vermogen van de pandhouder behoren op het moment dat aan deze leveringsvereisten is voldaan.

215. *Op welk moment ontstaat een absoluut toekomstige vordering?* In geval van een absoluut toekomstige vordering is in veel gevallen minder eenvoudig te bepalen of een vordering, op het moment waarop de pandgever als gevolg van zijn faillietverklaring beschikkingsonbevoegd wordt, tot zijn vermogen behoort. Heeft een vordering geen 'toekomstig element' in zich, dan zal veelal wel duidelijk zijn of de vordering reeds bestaat.¹¹⁰ Zo

107 Zie hiervóór par. 8.1.

108 Art. 3:94 lid 1 jo. 3:97 lid 1 BW.

109 Art. 3:94 lid 3 BW.

110 Zie hierna par. 8.6.2.

zal bij een eenvoudige koopovereenkomst de vordering tot betaling van een koopsom ontstaan door het sluiten van de overeenkomst. Heeft een vordering daarentegen wel een toekomstig element in zich, dan zal veelal niet duidelijk zijn op welk exact moment de vordering ontstaat. Bij zo een toekomstig element kan bijvoorbeeld worden gedacht aan in de toekomst te leveren prestaties, zoals bij een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht. Gedacht kan ook worden aan een aanspraak die ontstaat doordat van een wilsrecht gebruik wordt gemaakt, zoals in geval van een optie-overeenkomst.

Er is behoefte aan een criterium op grond waarvan in geval van faillietverklaring van de vervreemder casu quo de pandgever eenvoudig kan worden vastgesteld of een door hem bij voorbaat geleverde of verpande vordering al dan niet 'in de boedel valt'. De fraaiste oplossing voor dit probleem zou een criterium zijn aan de hand waarvan voor alle vorderingen met een toekomstig element in zich kan worden bepaald op welk moment deze ontstaan. Dat criterium dient dan wel te voldoen aan het vereiste dat het leidt tot een redelijke uitkomst. Onder een redelijke uitkomst versta ik enerzijds dat bij voorbaat geleverde of verpande vorderingen die na de faillissementsdatum van de vervreemder of de pandgever ontstaan buiten de boedel vallen indien dat redelijk is. Anderzijds is het mijns inziens onwenselijk dat een rechtssubject kan beschikken over vorderingen die hij eerst na zijn faillissement verkrijgt zonder dat daar een goede rechtvaardiging voor is.

216 *Plan van behandeling* In paragraaf 8.6.2 zal worden nagegaan of het geldende recht een abstract criterium kent aan de hand waarvan voor elke concrete vordering kan worden vastgesteld of deze bestaand dan wel toekomstig is. Zou zo een criterium bestaan, dan zou voor elke vordering met een toekomstig element in zich tevens duidelijk zijn wat het lot daarvan is in geval van faillietverklaring van de vervreemder of de pandgever. Met het oog op een goed begrip wordt, in paragraaf 8.6.1, eerst nagegaan hoe het begrip toekomstige vordering en de overdracht bij voorbaat van toekomstige vorderingen zich onder het oude recht in de jurisprudentie hebben ontwikkeld. Deze jurisprudentie anticipeerde deels op het huidige recht. In paragraaf 8.6.3 zal worden gemotiveerd waarom het huidige recht niet leidt tot een redelijke uitkomst. In die paragraaf wordt een alternatief gepresenteerd dat leidt tot een redelijke uitkomst, zodat het mogelijk is om vorderingen met een toekomstig element in zich faillissementsbestendig te leveren of te verpanden in die gevallen waarin het redelijk is dat die mogelijkheid bestaat.

8.6.1 *Het begrip toekomstige vordering en de overdracht van toekomstige vorderingen onder het oude recht*¹¹¹

217. *In den beginne: geen overdracht van toekomstige vorderingen.* Onder het vóór 1992 geldende recht besliste de Hoge Raad, in het arrest Fijn van Draat/De Nederlanden,¹¹² aanvankelijk dat uitsluitend bestaande vorderingen voor overdracht vatbaar waren. De Hoge Raad overwoog dat eigendomsovergang van een vordering slechts denkbaar, en daardoor slechts mogelijk is, als deze bestaat. In hetzelfde arrest besliste de Hoge Raad echter dat een vordering ontstaat op het moment dat er een rechtsverhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar is waarin de vordering haar onmiddellijke grondslag vindt. Dit is een betrekkelijk ruim criterium. Gevolg van dit ruime criterium was bijvoorbeeld dat al de uit een huurovereenkomst voortvloeiende huurvorderingen ontstonden op het moment waarop de overeenkomst werd gesloten. Als gevolg hiervan konden al de uit een huurovereenkomst voortvloeiende vorderingen, inclusief de nog te verschijnen vorderingen, vanaf het ontstaan van de huurovereenkomst worden overgedragen.¹¹³ Met dit ruime criterium beoogde de Hoge Raad wellicht tegemoet te komen aan de reeds toen vrij breed gedeelde wens om vorderingen die een toekomstig element in zich hebben op ruime schaal te kunnen overdragen.

Een nadeel van het in Fijn van Draat/De Nederlanden door de Hoge Raad geformuleerde criterium is dat het gekunsteld is. Immers: hoe kan een vordering bestaan, indien de schuldeiser nog niet daadwerkelijk iets te vorderen heeft?¹¹⁴ Een ander nadeel van het criterium is dat het enigszins vaag is.

218. *Later: overdracht van toekomstige vorderingen.* Kort nadat het arrest Fijn van Draat/De Nederlanden was gewezen, had Suijling reeds aangetoond dat cessie van toekomstige vorderingen theoretisch denkbaar is, zij het dat de cessie van een toekomstige vordering eerst tot eigendomsovergang kon leiden als deze in het vermogen van de cedent was ontstaan of, in geval van een relatief toekomstige vordering, door hem was verkregen. Het al dan niet voor cessie vatbaar doen zijn van toekomstige vorderingen is een rechtspolitieke keuze, aldus Suijling.¹¹⁵

111 Zie hierover ook Blom 1989, p. 1-9

112 HR 29 december 1933, NJ 1934, 343 e.v. m.nt. PS.

113 HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 m.nt. EMM (De Boer/Haskerveenpolder)

114 Aldus annotator P. Scholten

115 Zie Suijling 1936, nr 491.

In het arrest Curatoren Solleveld/Bouwman¹¹⁶ kwam de Hoge Raad terug op zijn oordeel dat uitsluitend reeds bestaande vorderingen overgedragen kunnen worden.¹¹⁷ Toekomstige vorderingen kunnen worden overgedragen, indien zij een onmiddellijke grondslag hebben in een bestaande rechtsverhouding, zo besliste de Hoge Raad in dit arrest.¹¹⁸ De Hoge Raad preludeerde met dit oordeel kennelijk op het nieuwe Burgerlijk Wetboek.¹¹⁹ In het ontwerp van het nieuw BW was de levering bij voorbaat van een toekomstig goed immers mogelijk gemaakt.

Door op deze mogelijkheid te anticiperen kon de Hoge Raad het oude, gekunstelde criterium loslaten en toch tegemoetkomen aan de wens om vorderingen die onmiskenbaar een toekomstig element in zich dragen op ruime schaal te kunnen overdragen. Impliciet besliste de Hoge Raad dat vorderingen met een toekomstig element in zich die voorheen als bestaand werden aangemerkt nu als toekomstige vorderingen beschouwd dienden te worden. De Hoge Raad vertelde er niet bij aan de hand van welke maatstaven het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen moest worden gemaakt.

Door de introductie van het nieuwe criterium werd het belang van het antwoord op deze vraag echter veel groter. Immers: een gevolg van de perspectiefwisseling in het arrest Curatoren Solleveld/Bouwman was, dat vorderingen met een toekomstig element in zich veel minder dan in het verleden het geval was *faillissementsbestendig* overgedragen of verpand konden worden om de reden dat veel meer van dergelijke vorderingen als toekomstige vordering zouden worden aangemerkt en een overdracht casu quo verpanding van een toekomstige vordering niet tot stand komt indien na de overdracht casu quo het verrichten van de vestigingshandeling(en) maar voor het tegenwoordig worden van de vordering de vreemder casu quo de pandgever faillieert (zie hiervóór de paragrafen 8.1 en 8.2).

Illustratief voor dit gevolg van de perspectiefwisseling is het arrest SOS/ABN.¹²⁰ Uit dat arrest blijkt dat al snel wordt aangenomen dat een

116 HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 m nt. WMK.

117 Eerder had de Hoge Raad reeds geoordeeld dat de overdracht van toekomstige roerende zaken mogelijk was; zie HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189 m nt JD (Sio).

118 Opgemerkt zij dat naar huidig recht niet van overdracht, maar van levering van toekomstige vorderingen gesproken moet worden, toekomstige vorderingen kunnen wel worden geleverd, maar niet worden overgedragen. Voor overdracht is immers beschikkingsbevoegdheid vereist en ten aanzien van een (voor hem) toekomstig goed is een subject niet beschikkingsbevoegd. Vgl. hiervóór par. 8.1

119 Aldus ook annotator W.M. Kleijn.

120 HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 m.nt WMK.

toekomstige vordering een onmiddellijke grondslag heeft in een bestaande rechtsverhouding.¹²¹ Dat een subsidieaanvraag was ingediend was in dat geval voldoende om aan te nemen dat de subsidievordering die daar mogelijk het gevolg van zou zijn een grondslag had in een bestaande rechtsverhouding, zodat deze bij voorbaat kon worden overgedragen. Echter, doordat de vervreemder beschikkingsonbevoegd werd voordat de vordering ontstond, had de overdracht (naar huidig recht: levering) bij voorbaat niet tot gevolg dat de beoogde verkrijger de rechthebbende werd.

Een en ander roept de vraag op hoe ruim *faillissementsbestendige* levering en verpanding bij voorbaat mogelijk zouden moeten zijn. Zoals gezegd komt deze vraag in paragraaf 8.6.3 aan de orde. In de volgende paragraaf wordt eerst nagegaan of naar geldend recht in abstracto is aan te geven op welk moment een vordering met een toekomstig element in zich ontstaat.

8.6.2 *Het ontstaan van een vordering naar geldend recht*

219. *Het 'Kleijn-criterium'.* In zijn noot onder het arrest SOS/ABN heeft Kleijn voorgesteld om een vordering met een toekomstig element in zich als een toekomstige vordering aan te merken indien "(...) nog een element, afkomstig van de debiteur (...) of van de crediteur ontbreekt (...)". Een vordering met een toekomstig element in zich is volgens Kleijn daarentegen een bestaande vordering, indien een extern element ontbreekt, zoals een voorwaarde of een tijdsbepaling. De meest voor de hand liggende interpretatie van dit criterium is dat een vordering als toekomstig moet worden aangemerkt indien het mede van een door de debiteur of de crediteur te verrichten handeling afhangt of de vordering haar toekomstige element verliest.¹²² Daarentegen wordt volgens dit 'Kleijn-criterium' een vordering als bestaand aangemerkt, zij het mogelijk voorwaardelijk bestaand, indien weliswaar de vordering een toekomstig element in zich heeft, maar dit element niet (mede) een intern element is, zodat de debiteur of de crediteur het wegnemen van dit toekomstige element niet (mede) in de hand hebben.

Een voorbeeld van een vordering met een toekomstig element in zich die volgens dit criterium een toekomstige vordering is, is een nog niet

121 Zie ook hiervóór par. 8.3.1.

122 Zo ook Kortmann 1989 in nr. 4 van zijn annotatie in AA van het arrest Staal/Ambags q.q.

vervallen huurvordering. Of een dergelijke vordering ontstaat zal in het algemeen (mede) afhankelijk zijn van de verschaffing van huurgenot, zodat de crediteur van de vordering, de verhuurder, het ontstaan van de vordering mede in de hand heeft.

220. *De jurisprudentie van de Hoge Raad.* In de na het arrest SOS/ABN door de Hoge Raad gewezen arresten heeft de Hoge Raad het 'Kleijn-criterium' niet expliciet erkend of verworpen. In een aantal arresten heeft de Hoge Raad wel geoordeeld over de vraag of een vordering een toekomstige dan wel een (voorwaardelijk) bestaande vordering is. Zou toepassing van het 'Kleijn-criterium' op de door de Hoge Raad besliste gevallen voor deze arresten tot dezelfde uitkomst hebben geleid? In een aantal gevallen is dat inderdaad het geval en in die gevallen lijkt het erop dat de Hoge Raad het ontbreken van het interne element doorslaggevend acht bij zijn beslissing dat sprake is van een toekomstige vordering.

Zo oordeelde de Hoge Raad dat een fiscale vordering op de Staat, die een belastingplichtige heeft indien hij bepaalde investeringen doet, ontstaat doordat de belastingplichtige bepaalde handelingen verricht waaraan de wet het gevolg verbindt dat hij een vordering op de staat verkrijgt. De belastingplichtige, de crediteur van de vordering, heeft het ontstaan ervan in de hand.¹²³

Ook oordeelde de Hoge Raad dat een huurvordering ontstaat (mede) doordat de verhuurder aan de huurder huurgenot verschaft, zodat de verhuurder, de crediteur, het ontstaan ervan (mede) in de hand heeft.¹²⁴

Een vordering terzake van de vergoeding van de waarde van een maatschapsaandeel die de (voormalige) maat op de overige maten heeft (onder andere) indien deze verklaren dit aandeel te willen overnemen, is volgens de Hoge Raad toekomstig omdat het verlies van het toekomstige element (mede) het gevolg is van het afleggen van een wilsverklaring van de debiteuren (de overige maten).¹²⁵

Ook een vordering tot betaling van een overeengekomen boete in geval van wanprestatie betreft een vordering die zowel volgens de Hoge Raad¹²⁶ als volgens het 'Kleijn-criterium' toekomstig is. Het volgens het 'Kleijn-criterium' vereiste 'interne element' is hier de wanprestatie door de debiteur.

123 HR 11 oktober 1985, NJ 1986, 68 (Kramer q.q./NMB) en HR 16 juni 1995, NJ 1996, 508 m.nt. WMK (Ontvanger/Rabobank).

124 HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 m.nt. G (WUH/Emmerig q.q.).

125 HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 m.nt. WMK (Staal/Ambags q.q.).

126 HR 5 januari 1990, NJ 1990, 325 (Dubbeld/Laman).

De Hoge Raad merkt de regresvordering van de borg op de hoofdschuldenaar vóórdat de borg heeft betaald als een voorwaardelijk bestaande vordering aan.¹²⁷ Volgens het 'Kleijn-criterium' is een dergelijke vordering echter een toekomstige vordering. Immers: de borg heeft het verschijnen van het toekomstige element van de regresvordering tot op zekere hoogte in de hand: de vordering wordt tegenwoordig doordat de borg betaalt.¹²⁸

Van het 'Kleijn-criterium' kan derhalve niet zonder meer worden gezegd dat dit het geldende recht weergeeft. Daar komt bij dat niet steeds onomstotelijk zal vaststaan of voor het wegnemen van het toekomstige element van een vordering (mede) een van de debiteur of de crediteur afkomstig element nodig is. Het 'Kleijn-criterium' is derhalve een maatstaf die weliswaar voor veel, maar niet voor alle gevallen duidelijkheid biedt.¹²⁹

221. *Geen algemene regel.* Naar het geldende recht is niet in abstracto, voor alle mogelijke categorieën van vorderingen met een toekomstig element in zich, aan te geven of een vordering een toekomstige dan wel een, eventueel voorwaardelijk, bestaande vordering is.¹³⁰ Wel kan uit de jurisprudentie van de Hoge Raad worden afgeleid dat hij een vordering met een toekomstig element in zich niet snel als bestaand aanmerkt.¹³¹ Voor enkele categorieën van vorderingen met een toekomstig element in zich heeft de Hoge Raad aangegeven op welk moment deze vorderingen ontstaan. Een algemene regel is uit de jurisprudentie van de Hoge Raad echter niet af te leiden.¹³² Deze vaagheid is onwenselijk; onzekerheid over goederenrechtelijke posities, in het bijzonder in het geval van faillissement van één der betrokkenen, is namelijk het gevolg van deze vaagheid.¹³³

127 HR 3 mei 2002, JOR 2002/111 m.nt. FJpvdI en m.nt. JJvH, NJ 2002, 393 m.nt. PvS (Da Costa/Joral) en HR 9 juli 2004, JOR 2004/222 m.nt. JJvH, NJ 2004 618 m.nt. PvS, (Bannenbergh q.q./NMB Heller).

128 Zie ook Faber 1995a, p. 35-40. Ook hij betoogt, zij het op andere gronden, dat een regresvordering van een borg op de hoofdschuldenaar toekomstig is tot het moment waarop de vordering van de schuldeiser op de hoofdschuldenaar ten laste van de borg wordt gedelgd.

129 Vgl. Blom 1989, p. 9-10, Verhagen en Rongen 2000, p. 45, Out 2003, p. 91-93 en Faber 2005, nr. 447.

130 Zo ook Kortmann 1989 in nr. 4 van zijn annotatie in AA van het arrest Staal/Ambags q.q., Van Hees 1997, p. 125-126 en Verhagen en Rongen 2000, par. 4.1.

131 Zo ook Faber 1995a, p. 36.

132 In dezelfde zin Blom 1989, p. 10, Faber 1995a, p. 36 en Out 2003, p. 89.

133 Zo ook Verhagen en Rongen 2000, p. 49.

8.6.3 Een ruimere mogelijkheid tot faillissementsbestendige verpanding van toekomstige vorderingen?

222. *Faillissementsbestendige verpanding van vorderingen met een toekomstig element in zich is beperkt mogelijk.* In de vorige paragraaf is gebleken dat veel vorderingen met een toekomstig element in zich volgens het geldende recht toekomstig zijn. Voor de levering bij voorbaat en de vestiging van een pandrecht bij voorbaat op dergelijke vorderingen is dit geen belemmering, nu naar huidig recht levering van en de vestiging van een pandrecht op toekomstige vorderingen mogelijk is. Voor de vestiging van een stil pandrecht geldt weliswaar een belemmering voor vorderingen die niet rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding, maar die belemmering heeft met de vraag of een vordering als toekomstig wordt aangemerkt op zichzelf niets van doen.

Is de vestiging van een stil pandrecht op toekomstige vorderingen op vrij ruime schaal mogelijk, in geval van faillietverklaring van de pandgever heeft de pandhouder geen pandrecht op de vorderingen die op de faillissementsdatum nog toekomstig zijn. Art. 20, 23 en 35 lid 2 Fw staan aan het ontstaan van het pandrecht in de weg. Voor de verpanding van toekomstige vorderingen geldt: "Men geeft je vleugels, en neemt de lucht weg"¹³⁴. Enerzijds heeft de wetgever de verpanding bij voorbaat van toekomstige vorderingen, zij het voor wat betreft stille verpanding beperkt,¹³⁵ mogelijk gemaakt. Anderzijds heeft hij er echter voor gezorgd dat de pandhouder op het moment dat hij aan zijn zekerheidsrecht het meeste comfort zou moeten kunnen ontleenen, namelijk in geval van faillietverklaring van de pandgever, geen pandrecht heeft op de op de faillissementsdatum nog toekomstige vorderingen.

223. *Discussie.* Is dit het wenselijke recht of is het wenselijk dat een financier ten behoeve van wie bij voorbaat een pandrecht is gevestigd op vorderingen met een toekomstig element, zich in geval van faillietverklaring van zijn debiteur op ruimere schaal op die vorderingen kan verhalen? Krijgt de financier die mogelijkheid dan mag worden verwacht dat hij bereid zal zijn op ruimere schaal activiteiten te financieren die pas in de toekomst revenuen opleveren. In de in de vorige paragraaf gegeven voorbeelden uit de jurisprudentie waarin vorderingen als toekomstige vorde-

134 Timmers 2002, p. 54.

135 Vgl. par. 8.2-8.3 hiervóór.

ringen werden aangemerkt, is het redelijk dat die vorderingen daadwerkelijk als zekerheid voor een financiering kunnen dienen

Zo is het redelijk dat de financier die een investering of een activiteit financiert waarvoor de debiteur in de toekomst een uitkering van de staat tegemoet kan zien in de vorm van een subsidie of een belastingteruggave zich op die uitkering kan verhalen. De financier die een te verhuren pand financiert kan weliswaar een recht van hypotheek bedingen, maar daarmee zal het risico dat hij loopt van een waardedaling niet zijn weggenomen. Bovendien geeft zijn hypotheekrecht hem geen mogelijkheid om zich te verhalen op de huuropbrengsten, de bron waaruit naar de bedoeling van de financier en de debiteur de financiering zal worden afgelost. Het is dan ook redelijk dat de financier zich op die huuropbrengsten kan verhalen. Ook redelijk is mijns inziens dat de financier die het een vennoot mogelijk maakt om zich 'in te kopen' in een personenvennootschap, zich als pandhouder kan verhalen op de vordering die de vennoot terzake van de vergoeding van zijn 'aandeel' in de vennootschap verkrijgt op zijn medevennoten indien hij de vennootschap verlaat.

Daar staat tegenover dat het niet redelijk is dat een pandhouder zich na een faillietverklaring van de pandgever onbeperkt zou kunnen verhalen op vorderingen die tijdens het faillissement ontstaan en die als het ware niet door de financier zijn gefinancierd. Wordt bijvoorbeeld de onderneming van de gefailleerde voortgezet door diens curator en weet die curator 'nieuwe activiteiten' te genereren met 'nieuwe handelsrelaties' en 'nieuw geld', dan is het mijns inziens onredelijk dat op de daaruit voortvloeiende nieuwe vorderingen een pandrecht rust van de 'oude' financier zodat deze nog tijdens het faillissement zijn positie ziet verbeteren.

224 *Een ander onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen?* Een oplossing zou een duidelijker, meer zekerheid biedend criterium ter onderscheiding van bestaande en toekomstige vorderingen kunnen zijn, indien daardoor tevens recht wordt gedaan aan de gerechtvaardigde wens om meer vorderingen faillissementsbestendig te kunnen verpanden en over te kunnen dragen. Het criterium zoals dat aanvankelijk onder het oude recht gold, voldoet aan deze vereisten. Volgens dit criterium bestaat een vordering vanaf het moment dat zij een onmiddellijke grondslag heeft in een bestaande rechtsverhouding. Hedendaagser geformuleerd: een vordering bestaat vanaf het moment dat zij rechtstreeks voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding.¹³⁶ Op grond van dit criterium vallen

136 Zie hiervoor par 8.6.1

vorderingen met een toekomstig element in zich waarvan het redelijk is dat zij faillissementsbestendig kunnen worden overgedragen en verpand in geval van faillietverklaring van de vervreemder of de pandgever buiten de boedel

Een belangrijk nadeel van dit criterium is echter dat het een zeer fictief karakter heeft vorderingen waarvan het hoogst onzeker is of zij de (mogelijke) schuldeiser ooit een aanspraak op de (mogelijke) debiteur zullen geven zouden op ruime schaal als bestaande vorderingen worden aangemerkt. Zo bezien is sprake van een onwenselijke stap terug.¹³⁷ Een acceptabel criterium ter onderscheiding van bestaande en toekomstige vorderingen dat in geval van faillietverklaring van de (beoogd) rechthebbende leidt tot een redelijke uitkomst indien hij dergelijke vorderingen bij voorbaat heeft geleverd of verpand, lijkt er niet te zijn.

225 *Het alternatief van Verhagen en Rongen* Verhagen en Rongen hebben een voorstel gedaan dat tot het door mij gewenste resultaat leidt.¹³⁸ Zij stellen voor toekomstige vorderingen voor de toepassing van art. 35 lid 2 Fw als bestaand aan te merken indien zij rechtstreeks worden verkregen uit een bestaande rechtsverhouding. Hun voorstel is mijns inziens minder gelukkig omdat zij, voor de toepassing van dit artikel, de (her)invoering van een fictief criterium bepleiten dat ver van de werkelijkheid afstaat. Bovendien is het onwenselijk om aan een term verschillende betekenissen toe te kennen al naar gelang de wetsebepalingen die worden toegepast. Dat dit fenomeen zich reeds een enkele maal voordoet acht ik, anders dan Verhagen en Rongen betogen, geen goed argument om een dergelijke noodgreep vaker te hanteren.¹³⁹

226 *Wenselijk recht aanpassing van art. 35 lid 2 Fw* Een redelijke uitkomst is te bewerkstelligen door aanpassing van art. 35 lid 2 Fw. Mijn voorstel is art. 35 lid 2 Fw zodanig aan te passen dat toekomstige vorderingen die door de gefailleerde bij voorbaat zijn geleverd respectievelijk verpand en die op de faillissementsdatum nog niet tot zijn vermogen behoorden, ongeacht of het relatief dan wel absoluut toekomstige vorderingen betreft, buiten de boedel te doen vallen respectievelijk het daarop bij voorbaat gevestigde pandrecht te doen ontstaan indien het vorderingen betreft die

137 Idem Faber 1995a, p. 40

138 Verhagen en Rongen 2000, p. 53-54

139 Afwijzend tegenover een dergelijke naar de context variërende betekenis van het begrip toekomstige vordering staat ook Boekraad 1997, p. 18-19

voortvloeien uit een reeds vóór de faillietverklaring tussen de gefailleerde en de debiteur bestaande rechtsverhouding.

227. *Slotopmerkingen.* Door invoering van de door mij voorgestelde regeling wordt een redelijk resultaat bereikt zonder dat met een ver van de werkelijkheid afstaande fictie gewerkt hoeft te worden en zonder dat aan hetzelfde begrip, afhankelijk van de toepasselijke wetsbepalingen, verschillende betekenissen worden toegekend.

Het verdient aanbeveling in het nieuwe criterium de woorden 'onmiddellijke grondslag' en 'rechtstreeks voortvloeien' te vermijden. Het voorgestelde criterium heeft weliswaar dezelfde betekenis als het criterium 'onmiddellijke grondslag in een bestaande rechtsverhouding' had onder het oude recht, maar verwarring met het huidige in art. 475 Rv opgenomen criterium, dat thans beperkt wordt uitgelegd, moet worden vermeden. Door vergelijkbare bewoordingen te hanteren zou een nauwere band met een bestaande rechtsverhouding worden gesuggereerd dan bedoeld is. Zie de in paragraaf 8.3.1 gemaakte opmerkingen over de betekenis van het criterium 'rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding' in art. 475 Rv. De voorgestelde regeling biedt geen absolute duidelijkheid, maar aannemelijk is dat in de meeste gevallen wel zal zijn aan te geven of een vordering die tussen twee rechtssubjecten bestaat of mogelijk zal ontstaan is voortgevloeid of zal voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding.

INNINGSBEVOEGDHEID, VERHAAL EN HET FAILLISSEMENT VAN DE PANDGEVER

9.1 Inleiding

228. *Inning en verhaal buiten faillissement.* De regeling van de inningsbevoegdheid en het verhaal op de opbrengst van een verpande vordering *buiten* het faillissement van de pandgever is weinig problematisch. De posities van enerzijds de pandgever en anderzijds de pandhouder zijn in de meeste opzichten duidelijk.

Zolang sprake is van een stil pandrecht, is uitsluitend de pandgever inningsbevoegd. Door betaling van de vordering aan de inningsbevoegde pandgever gaat de vordering teniet, met als gevolg dat ook het op de vordering rustende pandrecht tenietgaat.¹

Nadat het pandrecht aan de debiteur van de verpande vordering is medegedeeld, is uitsluitend de pandhouder inningsbevoegd,² tenzij de pandgever toestemming voor de inning heeft verkregen van de pandhouder of de kantonrechter.³ Zolang de pandhouder inningsbevoegd is, kan de schuldenaar uitsluitend aan de pandhouder bevrijdend betalen. Ook in geval van betaling van de verpande vordering aan de pandhouder gaat het pandrecht teniet als gevolg van het tenietgaan van de vordering. Op het geïnde komt een substitutiepandrecht van de pandhouder te rusten.⁴ De pandhouder is bevoegd zich op het door hem geïnde te verhalen door zichzelf daaruit te voldoen zodra zijn vordering op de pandgever opeisbaar is.⁵

1 Art. 3:81 lid 2 aanhef en sub a BW. Vgl. HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder q q /CLBN).

2 Art. 3:246 lid 1 BW.

3 Art. 3:246 lid 4 BW.

4 Art. 3:246 lid 5 BW. De regeling van dit substitutiepand is wél problematisch; zie hierover hierna par. 11.5.3.

5 Art. 3:255 jo. 253 BW. Zie over dit alles, alsmede over hetgeen geldt als sprake is van derden die een recht op de vordering of het geïnde hebben en over hetgeen dient te geschieden met een na verhaal door de pandhouder resterend surplus, par. 3.3.4-3.3.5 hiervóór en par. 11.5.3.1 hierna.

229. *Inning en verhaal tijdens faillissement.* Meer problematisch is de situatie als de pandgever failliet voordat de verpande vordering is geïnd. De oorzaak hiervoor lijkt te zijn dat de wetgever bij de invoering van de huidige regeling van het (stil) pandrecht onvoldoende heeft onderkend dat de inning van en het verhaal op de opbrengst van verpande vorderingen tijdens het faillissement van de pandgever tot bijzondere problemen aanleiding kunnen geven. De in de Faillissementswet opgenomen algemene bepalingen waarin de gevolgen zijn geregeld van de faillietverklaring van een pand- of hypotheekgever voor de rechten van de pand- of hypotheekhouder, art. 57 en 58 Fw, houden onvoldoende rekening met de inning van (stil) verpande vorderingen en verhaal op het geïnde.⁶

Gevolg is dat over de rechten van enerzijds de pandhouder en anderzijds de curator aanvankelijk grote onduidelijkheid bestond. Op veel vragen was geen (eensluidend) antwoord te vinden in de wet, de wetsgeschiedenis, de literatuur of de rechtspraak.⁷ In zijn arrest Mulder q.q./CLBN beantwoordde de Hoge Raad enkele van deze vragen.⁸ Twee in dat arrest nog niet beantwoorde vragen, de vraag of de curator bevoegd is om door de gefailleerde stil verpande vorderingen actief te innen en de vraag of art. 58 lid 1 Fw van toepassing is op de inning van verpande vorderingen, bleef men zowel in de nadien verschenen literatuur als in de lagere jurisprudentie verschillend beantwoorden.⁹ In zijn arrest ING/Verdonk q.q.¹⁰ beantwoordde de Hoge Raad deze vragen, maar nog niet op alle vragen die kunnen worden gesteld over de inning van verpande

6 In dezelfde zin Voûte 1994, p. 6. Uit de wetsgeschiedenis blijkt op geen enkele wijze dat de wetgever aan voor pandrechten op vorderingen specifieke aspecten heeft gedacht; vgl. Kortmann en Faber 1995, p. 164-171.

7 Vgl. bijvoorbeeld: Reehuis 1987, nr. 434, De Liagre Böhl 1991, p.112-113, Voûte 1993, p. 103-107 en Voûte 1994, p. 1-7

8 HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK.

9 Illustratief zijn vier uitspraken van lagere rechters: Rb. Leeuwarden 18 augustus 2004, JOR 2004/313 m.nt. A.J. Verdaas (ING/Verdonk q.q.), Rb. Almelo 3 augustus 2005, JOR 2006/21 m.nt. A. Steneker onder JOR 2006/22 (Rabobank/Haafkes q.q.), Hof Leeuwarden 26 oktober 2005, JOR 2006/22 m.nt. A. Steneker (ING/Verdonk q.q.) en Rb. Leeuwarden 4 oktober 2006, JOR 2007/305 (ING/Verdonk q.q.). Illustratief is ook een in het Tijdschrift voor Insolventierecht gevoerde discussie; zie Warringa en Winkel 2005, Kraamwinkel 2006, Verdonk 2006, Beekhoven van den Boezem en Goosmann 2007a, Verdonk 2007, Verdaas 2007 en Beekhoven van den Boezem en Goosmann 2007b. Zie voorts: Faber 1995b, p. 27-28, Van Galen 2001, p. 31-33, Molkenboer en Verdaas 2002, p. 210, Rongen 2002, p. 12-13, Polak/Wessels 2003 (III), par. 3474, Vermunt 2006, p. 180-181, Verstijlen 2006a, par. 7.4, Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr. 833-833a en Verdaas 2007 (Commentaar insolventierecht), 72, Fw art. 58, C.2 6

10 HR 22 juni 2007, LJN BA2511.

vorderingen en verhaal op het geïnde, tijdens het faillissement van de pandgever, is het antwoord in de arresten van de Hoge Raad te vinden.

230. *Plan van behandeling.* Inning en verhaal op het geïnde tijdens het faillissement van de pandgever vormen het onderwerp van paragraaf 9.2. Paragraaf 9.3 gaat over de bevoegdheid van de bank-pandhouder om zich in het zicht van de faillietverklaring van de pandgever door verrekening te verhalen op de op de bankrekening van de pandgever betaalde opbrengst van een stil verpande vordering. In paragraaf 9.4 wordt aandacht besteed aan de gevolgen van een in het faillissement van de pandgever afgekondigde afkoelingsperiode. In paragraaf 9.5 wordt een onderwerp behandeld dat nauw samenhangt met de bevoegdheid van de pandhouder om mededeling van zijn pandrecht te doen en de verpande vordering te innen: het recht van de pandhouder om van de pandgever of diens curator te verlangen dat zij hem de voor de mededeling en de inning van belang zijnde informatie verschaffen.

9.2 Inning en verhaal tijdens het faillissement van de pandgever

9.2.1 Het tot 1992 geldende recht

231. *Helderheid voor de curator en de pandgever of cessionaris.* Onder het vóór 1992 geldende recht was inning en verhaal op de opbrengst van een in zekerheid gegeven vordering weinig problematisch. Men kende geen stil pandrecht. Een curator was niet bevoegd om *openbaar* verpande vorderingen van de gefailleerde te innen. Van een stil tot zekerheid in eigendom overgedragen vordering was de zekerheidsgever niet de rechthebbende, zodat diens curator niet bevoegd was een dergelijke vordering te innen. Inde de curator desondanks de aan de zekerheidsnemer in eigendom toebehorende vordering, dan was hij gehouden het geïnde aan hem af te dragen.¹¹

9.2.2 De arresten Mulder q.q./CLBN en ING/Verdonk q.q.

232. *Inningsbevoegdheid, voorrang en verhaal.* Faillieert de pandgever dan geldt dat de (stil) pandhouder zijn rechten kan uitoefenen alsof er geen

11 Vgl. HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171 m.nt. PvS (Van Schaik q.q./ABN AMRO). Zie hierover nader hiervóór par. 4.4.5.1. Vgl. voor het huidige recht art. 6:36 BW

faillissement was. De stil pandhouder kan zichzelf ook na de faillietverklaring van de pandgever, door mededeling van zijn pandrecht te doen, inningsbevoegd maken en, zodra zijn vordering opeisbaar is, verhaal nemen op het geïnde. Dit volgt uit art. 57 Fw en is door de Hoge Raad bevestigd in de arresten Mulder q.q./CLBN en ING/Verdonk q.q.¹²

Uit deze beide arresten volgt ook het volgende. De curator is steeds bevoegd om betalingen van de verpande vordering in ontvangst te nemen zolang geen mededeling van het pandrecht aan de debiteur van de vordering heeft plaatsgevonden. Evenals bij inning door de pandgever buiten faillissement het geval is, gaat het pandrecht op de door de curator geïnde, stil verpande vordering komt, bij gebreke van een daartoe strekkende wettelijke bepaling, geen substitutiepandrecht te rusten. De (voormalige) pandhouder verliest zijn separatistpositie. Wel behoudt hij zijn voorrangrecht op het geïnde. Gevolg hiervan is dat de pandhouder voor de verdeling van het door de curator geïnde op een uitdeling uit de faillissementsboedel moet wachten en bijdraagt aan de algemene faillissementskosten.

233. *Verrekening door de bank-pandhouder.* In zijn arrest Mulder q.q./CLBN oordeelde de Hoge Raad nog over een andere kwestie. Wordt de stil verpande vordering betaald op een bankrekening die de pandgever-gefaillieerde aanhoudt bij de pandhouder, dan is deze bank-pandhouder bevoegd hetgeen zij aldus verschuldigd wordt aan de gefailleerde te verrekenen met haar vordering op de gefailleerde, omdat zij als pandhouder voorrang heeft op het geïnde.

234. *Actieve en passieve inning door de curator.* In het arrest ING/Verdonk overwoog de Hoge Raad voorts het volgende. De curator is niet verplicht om aan de stil pandhouder ex art. 58 lid 1 Fw een redelijke termijn te stellen om tot de uitoefening van zijn in art. 57 Fw bedoelde rechten over te gaan. De curator is aanstonds, ook zonder dat hij de bedoelde termijn aan de pandhouder heeft gesteld, inningsbevoegd. Wel moet de curator de stil pandhouder een redelijke termijn gunnen om tot mededeling van zijn pandrecht aan de debiteur van de verpande vordering over te gaan voordat hij de debiteur mededeelt dat hij de verpande vordering moet voldoen op de rekening van de boedel. Bij een professionele pandhouder als een bank zal de door de curator in acht te nemen redelijke termijn in het alge-

12 HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK en HR 22 juni 2007, LJN BA2511.

meen veertien dagen bedragen. De curator is niet gehouden zo een pandhouder te informeren over zijn voornemen om de debiteur te verzoeken om tot betaling op de boedelrekening over te gaan.

Naar aanleiding van deze overwegingen van de Hoge Raad kunnen de volgende conclusies worden getrokken. Zolang sprake is van een stil pandrecht is de curator, vanaf de aanvang van het faillissement, bevoegd de verpande vordering *passief* te innen, dat wil zeggen betalingen van de vordering in ontvangst te nemen. Nadat een door de curator aan de stil pandhouder gegunde redelijke termijn om tot mededeling van zijn pandrecht aan de debiteur van de verpande vordering over te gaan is verstreken, is de curator bevoegd een stil verpande vordering ook *actief* te innen. Actieve inning impliceert het nemen van die maatregelen die gericht zijn op betaling van de vordering, zoals het verzoeken, sommeren en zonodig dagvaarden van de debiteur, alsmede het maken van afspraken over de (wijze van) betaling. Zowel door passieve als door actieve inning van de vordering door een daartoe bevoegde curator verliest de pandhouder zijn separatistpositie. In beide gevallen behoudt hij wel een voorrangrecht op de opbrengst van de vordering.¹³

235. *Wat is een redelijke termijn?* De Hoge Raad stelt in het arrest ING/Verdonk q.q. de vuistregel dat de door de curator in acht te nemen redelijke termijn, alvorens hij tot actieve inning van een stil verpande vordering mag overgaan, twee weken bedraagt als de stil pandhouder een professionele partij zoals een bank is. Er zijn tal van omstandigheden denkbaar die aanleiding kunnen zijn voor een andere termijn. Bij het wegen van die omstandigheden moet mijns inziens de ratio in ogenschouw worden genomen van de regel dat de curator de stil pandhouder een redelijke termijn moet gunnen en na het verstreken zijn van die termijn bevoegd is om tot actieve inning van de verpande vordering over te gaan. Die ratio lijkt mij tweeledig. Enerzijds moet de pandhouder de gelegenheid krijgen om zijn recht uit te oefenen, anderzijds moet de curator op enig moment actie kunnen ondernemen als de pandhouder dat niet doet.

De ratio van het recht van de stil pandhouder op een redelijke termijn lijkt te zijn dat de stil pandhouder separatist is en in staat moet worden gesteld om tot de uitoefening van de aan hem als separatist toekomende rechten over te gaan. Van een redelijk termijn is geen sprake als de

13 In vergelijkbare zin met betrekking tot dit onderscheid tussen passieve en actieve inning door de curator Steneker in zijn noot onder Rb. Almelo 3 augustus 2005, JOR 2006/21, Hof Leeuwarden 26 oktober 2005, JOR 2006/22 m.nt. A. Steneker (ING/Verdonk q.q.) en Verdaas 2007, p. 60-61.

pandhouder binnen de gegunde termijn redelijkerwijs niet tot mededeling kan overgaan. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn als hij nog niet beschikt over de informatie die hij nodig heeft om mededeling van zijn pandrecht te kunnen doen.¹⁴ Aanleiding voor een wat langere termijn kan ook zijn dat een groot aantal vorderingen verpand is, in het bijzonder als het vorderingen op veel verschillende debiteuren betreft, alsmede dat de pandhouder en de curator nog in overleg zijn over de wijze waarop de vorderingen zullen worden geïnd of verkocht.

De ratio van het recht van de curator om na het verstrijken van de redelijke termijn tot actieve inning over te mogen gaan, lijkt te zijn dat onnodige vertraging bij de inning van verpande vorderingen moet worden voorkomen. Dralen met het innen van vorderingen zal het incassoresultaat negatief kunnen beïnvloeden, hetgeen in het belang van geen enkele bij het faillissement betrokkene is.

De vraag wat rechtens is als de curator een stil verpande vordering actief int voordat een door hem aan de pandgever te gunnen termijn om mededeling van zijn pandrecht te doen is verstreken, wordt behandeld in paragraaf 9.2.4.

236. *Wenselijk recht?* Zijn de door de Hoge Raad in de arresten Mulder q.q./CLBN en ING/Verdonk q.q. geformuleerde normen inzake de rechten en verplichtingen van de curator en de stil pandhouder in overeenstemming met het wenselijke recht? De oplettende pandhouder zal op grond van die normen veelal kunnen voorkomen dat hij zich niet buiten de boedel om kan verhalen op de opbrengst van een stil verpande vordering. Raadpleegt hij regelmatig de publicatie van uitgesproken faillietverklaringen, dan zal hij binnen de door de curator te hanteren redelijke termijn mededeling van zijn pandrecht kunnen doen.

De situatie dat de stil pandhouder zich niet als separatist op het geïnde kan verhalen, zal zich dan nog uitsluitend voordoen als de curator de vordering passief heeft geïnd en deze niet is betaald op een door de pandgever bij de pandhouder aangehouden bankrekening. In dat geval is het gerechtvaardigd dat de pandhouder geen verhaal buiten de boedel om kan nemen; de pandhouder die genoeg neemt met een stil pandrecht moet accepteren dat zijn verhaalspositie verslechtert indien de debiteur van de verpande vordering, zonder daartoe door de curator te zijn aangespoord, zijn schuld aan de curator voldoet. Samengevat: door de op de

14 De vraag of de pandhouder van de curator kan verlangen dat hij hem die informatie verschaft, komt aan bod in par. 9.5 hierna.

curator rustende verplichting om de stil pandhouder een redelijke termijn te gunnen om mededeling van zijn pandrecht te doen, wordt recht gedaan aan de separatistpositie van de stil pandhouder.

De op de curator rustende verplichting om de pandhouder een redelijke termijn te gunnen om mededeling van zijn pandrecht te doen, voorkomt dat de pandhouder zich genoodzaakt ziet om reeds vóór of zeer snel na de faillietverklaring van de pandgever, voor hij overleg heeft kunnen hebben met de curator, mededeling van zijn pandrecht te doen. Het voortijdig mededeling doen door de pandhouder heeft een aantal nadelen. Het leidt tot onnodige kosten als de inning vervolgens toch aan de curator wordt overgelaten. Debiteuren die de mededeling krijgen dat een vordering op hen verpand is, zullen daaruit in veel gevallen afleiden dat de pandgever in moeilijkheden verkeert. Dit kan er toe leiden dat zij betaling op oneigenlijke gronden opschorten of proberen onder betaling uit te komen. Het incassoresultaat kan daardoor negatief worden beïnvloed. Komt de pandhouder met de curator na mededeling van het pandrecht overeen dat deze de verpande vorderingen int of onderhands verkoopt, dan kan dat tot verwarring bij de debiteuren leiden; zij ontvangen eerst de mededeling dat zij moeten betalen aan de pandhouder en vervolgens de mededeling dat zij (toch) moeten betalen aan de curator casu quo de koper. Ook dit kan het incassoresultaat negatief beïnvloeden. Dat is niet alleen nadelig voor de pandhouder, maar tevens voor de pandgever en diens overige crediteuren.

Met zijn arrest ING/Verdonk q.q. doet de Hoge Raad ook recht aan de specifieke functie van het *stil* pandrecht. Buiten faillissement van de pandgever zal de pandhouder (mede) van mededeling afzien omdat hij geen verhaal wenst te nemen voor zijn vordering en omdat (in geval van bedrijfsfinancieringen met als zekerheid pandrechten op de debiteurenportefeuille van de kredietnemer) de vorderingen die tenietgaan worden vervangen door eveneens, eventueel bij voorbaat, aan de pandhouder verpande vorderingen. Na faillietverklaring van de pandgever liggen de kaarten anders. Dan staat vast dat de pandhouder geen pandrecht meer zal krijgen op toekomstige vorderingen van de pandgever, ongeacht of daarop bij voorbaat een pandrecht is gevestigd vóór de faillietverklaring van de pandgever.¹⁵ Het ligt dan zeer voor de hand dat de stil pandhouder zijn pandrecht zal willen uitoefenen door de stil verpande vorderin-

15 Zie hiervóór par. 8.1 en 8.2.

gen te innen en zich uit het geinde te voldoen. Het is gerechtvaardigd dat hij daartoe ook de gelegenheid krijgt.¹⁶

Ik concludeer dat de door de Hoge Raad in de arresten Mulder q.q./CLBN en ING/Verdonk q.q. gegeven regels in overeenstemming zijn met het wenselijke recht.

9.2.3 Art. 58 Fw

237. *Art. 58 Fw is van toepassing op de inning van verpande vorderingen* Dat de curator niet verplicht is om de stil pandhouder ex art. 58 lid 1 Fw een termijn te stellen alvorens tot actieve inning van een stil verpande vordering over te gaan, betekent niet dat de curator tot het stellen van een dergelijke termijn aan de pandhouder om tot hetzij de inning, hetzij de executoriale verkoop van een verpande vordering en het nemen van verhaal op de opbrengst over te gaan niet bevoegd is.

Dat art. 58 lid 1 Fw ook op de inning van verpande vorderingen van toepassing is, blijkt uit het arrest ING/Verdonk q.q.¹⁷ Het viel mijns inziens ook reeds af te leiden uit het arrest Mulder q.q./CLBN. Het oordeel van de Hoge Raad dat de pandhouder ook na faillietverklaring van de pandgever zijn stil pandrecht door mededeling van zijn pandrecht aan de debiteur in een openbaar pandrecht mag transformeren, kan mijns inziens uitsluitend worden verklaard - en gerechtvaardigd - doordat ook de stil pandhouder separatist is, zodat het bepaalde in art. 58 Fw ook van toepassing is op de inning van een - stil of openbaar - verpande vordering.¹⁸

De ratio van art. 58 lid 1 Fw is te voorkomen dat onnodig wordt gedraald met de liquidatie van de tot de boedel behorende vermogensbestanddelen. Door het stellen van de termijn kan de curator de separatist

16 Vgl. mijn noot onder Rb. Leeuwarden 18 augustus 2004, JOR 2004/313 (ING/Verdonk q.q.).

17 Zie ro. 34.

18 De volgende auteurs waren reeds voor het arrest ING/Verdonk van mening dat art. 58 Fw van toepassing is op verpande vorderingen: Reehuis 1987, nr. 434, Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr. 833-833a, Molkenboer en Verdaas 2002, p. 210, Rongen 2002b, p. 12-13, Polak/Wessels 2003 (III), par. 3474, Warringa en Winkel 2005, Kraamwinkel 2006, Rb. Leeuwarden 4 oktober 2006, JOR 2007/305 (ING/Verdonk q.q.), Verdaas 2007 (Commentaar Insolventierecht), 72, Fw art. 58, C. 2.6. In zijn dissertatie gaat ook Hoekstra er vanuit dat art. 58 van toepassing is op een stil pandrecht op een vordering, zie Hoekstra 2007, p. 151-152, 158, 181 en 196. Anders: De Liagre Bohll 1991, p. 112-113, Verdonk 2006 en Beekhoven van den Boezem en Goosmann 2007a. Gelet op hetgeen de Hoge Raad hieromtrent overwoog in het arrest ING/Verdonk q.q., geven de standpunten van deze schrijvers niet het thans geldende recht weer.

prikkelen om tot uitoefening van zijn rechten over te gaan. Heeft de separatist zijn rechten niet binnen de gestelde redelijke termijn uitgeoefend, dan is de curator bevoegd het vermogensbestanddeel waarop het recht van de separatist rust te gelde te maken.¹⁹

Toepassing van art. 58 lid 1 Fw op de inning van verpande vorderingen is in overeenstemming met de ratio van deze bepaling. Door aan de pandhouder een termijn te stellen voor de inning van een verpande vordering kan de curator hem prikkelen om daarmee niet onnodig te dralen. Int de pandhouder de vordering niet binnen de gestelde redelijke termijn, dan is de curator bevoegd tot de inning daarvan over te gaan.

9.2.3.1 De toepassing van art. 58 lid 1 Fw op de inning van verpande vorderingen

238. *Inleidende opmerkingen.* In deze paragraaf wordt onderzocht hoe art. 58 lid 1 Fw op (de inning van) verpande vorderingen moet worden toegepast.²⁰ De vraag wat rechtens is als de curator een openbaar verpande vordering int voordat de door hem gestelde redelijke termijn is verstreken, komt aan bod in de volgende paragraaf.

239. *Geen termijnstelling zolang sprake is van een stil pandrecht.* Voor de curator zal er geen reden zijn om de stil pandhouder een termijn te stellen, omdat de curator bevoegd is om de verpande vordering te innen zolang het pandrecht niet aan de debiteur is medegedeeld.²¹ Heeft de pandhouder van zijn pandrecht wel mededeling aan de debiteur van de vordering gedaan, maar gaat hij bij de inning van de vordering niet voortvarend te werk, dan zal de curator er wel belang bij hebben om de pandhouder een termijn te stellen om tot uitoefening van zijn rechten over te gaan.

240. *Behoud van voorrang.* In art. 58 lid 1 Fw is bepaald dat de pandhouder voorrang behoudt op de opbrengst van een door de curator, na het verstrijken van een daartoe door hem gestelde redelijke termijn, verkocht onderpand. Er is geen reden om ook het door de curator na het verstrijken van een dergelijke termijn terzake van een openbaar verpande vordering geïnde niet te beschouwen als een opbrengst waarop de pandhouder

19 Zie Van der Feltz I, p. 475-476, Kortmann en Faber 1995, p. 169-170 en Verdaas 2007 (Commentaar Insolventierecht), 72, Fw art. 58, C 2 2

20 Zie over deze vraag ook Vermunt 2006, p. 180-181.

21 Zo ook Faber 1995b, p. 27-28 en de Hoge Raad in r.o. 3 4 van het arrest ING/Verdonk q.q.

voorrang behoudt. Dit is bovendien in overeenstemming met de voorrang die de pandhouder behoudt op de opbrengst van een door een daartoe bevoegde curator geïnde, stil verpande vordering.²²

241. *Wanneer is de gestelde termijn redelijk?*. Wat een *redelijke* termijn is, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Van belang hierbij is de ratio van de bevoegdheid van de curator om aan de pand- of hypotheekhouder een redelijke termijn te stellen om tot uitoefening van zijn rechten over te gaan. Deze bevoegdheid is aan de curator toegekend om onnodige vertraging bij de afwikkeling van het faillissement, door dralen van de pand- of hypotheekhouder, tegen te kunnen gaan.²³

Daarbij geldt dat de termijn niet redelijk is als de pandhouder binnen de gestelde termijn redelijkerwijs niet tot uitoefening van zijn rechten kan overgaan. Dat is bijvoorbeeld het geval als de pandhouder nog niet tot uitoefening van zijn rechten bevoegd is omdat zijn vordering op de gefailleerde nog niet opeisbaar is.²⁴

In de meeste gevallen zal niet reeds bij het stellen van de termijn zijn aan te geven wat een redelijke termijn is. Op dat moment zal nog niet bekend zijn of de debiteur vrijwillig en op korte termijn de vordering zal voldoen of dat hij dat eerst zal doen nadat hij tot betaling veroordeeld is of het zelfs op executiemaatregelen zal laten aankomen. In dit verband is van belang dat de curator geen termijn hoeft te stellen zolang daartoe geen aanleiding is. Die aanleiding is er pas als de pandhouder draait met de uitoefening van zijn rechten of aan de curator reden geeft om te vrezen dat hij niet voortvarend genoeg te werk zal gaan.

242. *Termijnverlenging*. Van belang is ook het recht van de pandhouder op verlenging van de door de curator gestelde termijn. De pandhouder die voortvarend te werk gaat bij de inning zal mijns inziens steeds op verlenging van de gestelde termijn door de curator of de rechter-commissaris aanspraak kunnen maken.²⁵ Art. 58 lid 1 Fw rept uitsluitend van termijnverlenging door de rechter-commissaris, maar niets verzet zich er mijns inziens tegen dat de curator de door hem gestelde termijn verlengt.

22 Zoals de Hoge Raad besliste in het arrest Mulder q.q /CLBN; zie ook par. 9.2.2 hiervoor.

23 Zie Van der Feltz I, p. 476.

24 Vgl. HR 3 juni 1994, NJ 1995, 340 m.nt. HJS onder NJ 1995, 342 (Antillen/Komdeur q.q. I).

25 Zo ook Warringa en Winkel 2005, p. 144-145 en Kraamwinkel 2006, p. 32. Vgl. ook Kortmann en Faber 2001, p. 148-153.

243. *Inning én verhaal.* Opmerking verdient nog, dat onder uitoefening van rechten in dit verband verstaan moet worden inning van de verpande vordering én verhaal op het geïnde.²⁶ Dat de pandhouder binnen de gestelde termijn de vordering niet alleen moet hebben geïnd, maar tevens op de opbrengst verhaal moet hebben genomen voor zijn vordering op de pandgever zal in de praktijk zelden tot problemen leiden, omdat veelal zal zijn overeengekomen dat de vordering van de pandhouder opeisbaar wordt in geval van faillietverklaring van de pandgever.

244. *De gevolgen van het verstrijken van de gestelde termijn.* Door het verstrijken van de door de curator aan de openbaar pandhouder voor het innen van de vordering gestelde redelijke termijn verliest de pandhouder zijn inningsbevoegdheid en wordt de curator inningsbevoegd. De pandhouder verliest zijn separatistpositie, zodat hij zich niet langer als separatist op het door de curator (of bij het verstrijken van de termijn eventueel reeds door hemzelf) geïnde mag verhalen. Zoals gezegd behoudt hij wel een voorrangsrecht op de opbrengst van de vordering.

9.2.4 Onbevoegde inning door de curator

245. *Stil verpande vorderingen.* De curator die weet of zou moeten weten dat een vordering stil is verpand maar de verpande vordering desalniettemin *actief* int *voordat* een door hem aan de pandhouder te gunnen redelijke termijn voor het doen van mededeling van het pandrecht is verstreken, handelt mijns inziens qualitate qua onrechtmatig jegens de pandhouder als deze daardoor wordt benadeeld.²⁷ Onrechtmatig is bijvoorbeeld het bewerkstelligen, voor het verstreken zijn van de gegunde redelijke termijn, dat een debiteur een aan een bank stil verpande vordering betaalt op een andere wijze dan door betaling, zoals tussen de pandgever en de bank overeengekomen, op een door de pandgever bij de bank aangehouden bankrekening, met als gevolg dat de bank niet (door verrekening) op de gehele opbrengst verhaal zal kunnen nemen.²⁸ Dat de curator

26 Zo ook Kraamwinkel 2006, p. 31-32. In dezelfde zin de geschiedenis van art. 58 Fw oud; zie Van der Feltz I, p. 477. Vgl. ook Vzng. Rb. Arnhem 23 juni 2006, JOR 2006/253.

27 Buiten beschouwing blijft hier de mogelijkheid dat de curator ook pro se onrechtmatig handelt jegens de pandhouder.

28 In dezelfde zin Van Galen 2001, p. 32 en Verdaas in zijn noot onder Rb. Leeuwarden 18 augustus 2004, JOR 2004/313 (ING/Verdonk q.q.) Nadrukkelijk anders de rechtbank in dit vonnis, alsmede Hof Leeuwarden 26 oktober 2005, JOR 2006/22 m.nt. A. Steneker (ING/Verdonk q.q.).

niet gehouden is om een op de gefailleerde rustende verbintenis tot een niet-doen na te komen,²⁹ maakt dat niet anders. De curator komt niet de verplichting van de gefailleerde na, maar zijn eigen, op hem als curator rustende verplichting om de separatistpositie van de pandhouder in zoverre te respecteren dat deze gedurende een redelijke termijn de gelegenheid krijgt om mededeling van zijn pandrecht te doen.³⁰

246 *Openbaar verpande vorderingen* Ook de curator die een openbaar verpande vordering int voordat een door hem ex art. 58 lid 1 Fw gestelde termijn is verstreken, handelt mijns inziens kwalitatief qua onrechtmatig jegens de pandhouder als deze daardoor wordt benadeeld. Ook in dat geval komt de curator de op hem in zijn hoedanigheid rustende verplichting om de separatistpositie van de pandhouder te respecteren niet na.

247 *Afdracht van het onbevoegdlijk geïnde* Is een verpande vordering onbevoegdlijk geïnd door een curator dan is hij naar mijn mening gehouden het geïnde te behandelen als een 'superboedelschuld', een boedelschuld met een hoge voorrang die onmiddellijk, met voorbijgaan aan de rechten van de andere boedelcrediteuren en zonder de afwikkeling van de boedel af te wachten, aan de pandhouder moet worden voldaan. De curator krijgt door de inning van de verpande vordering een bedrag in handen dat niet in de boedel thuishoort en door toevoeging van dat bedrag aan de boedel zouden de (boedel)crediteuren ongerechtvaardigd worden verrijkt.³¹

Deze stap is minder groot dan zij op het eerste gezicht wellicht lijkt. Door de Hoge Raad zijn dergelijke 'superpreferente boedelvorderingen' aanvaard in geval van een onverschuldigde betaling aan de boedel.³² Het Gerechtshof Amsterdam heeft zo een vordering aanvaard in geval van verkoop van verpande roerende zaken door een curator die daartoe geen toestemming van de pandhouder had en zonder dat een door de curator

29 Zie HR 3 november 2006, JOR 2007/76 m nt. SCJJK en S.E. Bartels, NJ 2007, 155 m nt. PvS (Nebula).

30 Vgl. Verstylen 2006a, par. 7.4.

31 In dezelfde zin Van Galen 2001, p. 33, Verdaas in zijn noot onder Rb. Leeuwarden 18 augustus 2004, JOR 2004/313 (ING/Verdonk q q) en Rb. Almelo 3 augustus 2005, JOR 2006/21 m nt. A. Steneker onder JOR 2006/22 (Rabobank/Haafkes q q). Vgl. ook Molkenboer en Verdaas 2002, p. 211.

32 Zie HR 5 september 1997, JOR 1997/102 m nt. E.W.J.H. de Liagre Bohll en m nt. N.E.D. Faber, NJ 1998, 437 (Ontvanger/Hamm q q) en HR 8 juni 2007, LJN AZ4569 (Van der Werff q q /BLG). Zie naar aanleiding van laatstgenoemd arrest Vriesendorp 2007.

ex art. 58 lid 1 Fw gestelde redelijke termijn was verstreken.³³ In het arrest Komdeur q.q./Nationale Nederlanden heeft de Hoge Raad de mogelijkheid open gelaten dat in op één lijn met onverschuldigde betalingen aan de boedel te stellen gevallen een aan de curator betaald bedrag door hem niet aan de boedel mag worden toegevoegd en niet als een concurrente boedelvordering mag worden behandeld, maar onmiddellijk en met voorbijaan aan de aanspraken van andere boedelcrediteuren aan de recht-hebbende moet worden betaald.³⁴

9.3 Verrekening door de bank-pandhouder in het zicht van de faillietverklaring van de pandgever

248. *Geen voorrang, maar verrekening toch gerechtvaardigd?* Een stil verpande vordering die vóór faillietverklaring van de pandgever door hem wordt geïnd, gaat teniet zonder dat de pandhouder voorrang op de opbrengst behoudt.³⁵ Wordt een stil verpande vordering giraal betaald op de bankrekening die de pandgever aanhoudt bij de pandhouder, dan ontstaat daardoor een schuld van de bank aan de pandgever. Men kan zich afvragen of de bevoegdheid van de bank tot verrekening van deze vordering kan afstuiten op het bepaalde in art. 47 en 54 lid 1 Fw. Met een beroep op art. 47 Fw kan de curator onder omstandigheden een verrekening door de bank in het zicht van het faillissement aantasten.³⁶ In art. 54 lid 1 Fw is bepaald dat een schuldeiser van de gefailleerde niet bevoegd is tot verrekening van zijn vordering op de gefailleerde met een vóór de faillietverklaring door de schuldeiser van een derde overgenomen schuld aan de gefailleerde als de schuldeiser bij de overname niet te goeder trouw heeft gehandeld. Het crediteren van een bankrekening is door de Hoge Raad met zo een overname van een schuld gelijkgesteld.³⁷ De schuldeiser heeft niet te goeder trouw gehandeld als hij bij de overneming wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement te verwachten was.³⁸

33 Hof Amsterdam 28 mei 1998, JOR 1999/13, NJ 2000, 741 (Stigter/Tanger q.q.).

34 HR 7 juni 2002, JOR 2002/147 m.nt. G.A.J. Boekraad, NJ 2002, 608 m.nt. JBMV.

35 Zie par. 3.3.4 hiervóór en par. 11.5 hierna.

36 Zie HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 m.nt. G (Loeffen q.q./Mees & Hope I) en HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214 m.nt. PvS (Loeffen q.q./Mees & Hope II).

37 Zie HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 m.nt. JBMV (AMRO/Curatoren THB).

38 Zie HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 m.nt. PhANH (Doyer en Kalf/Bouman q.q.) en HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 m.nt. JBMV (AMRO/Curatoren THB).

Anders dan tijdens het faillissement van de pandgever kan verrekening door de bank-pandhouder in het zicht van de faillietverklaring niet worden gerechtvaardigd door de voorrang van de bank. Met Faber, Kortmann en Voûte meen ik dat verrekening door de bank in het zicht van het faillissement desondanks gerechtvaardigd is, ook als deze geschiedt in één van de in art. 47 en 54 lid 1 Fw genoemde situaties. De bank had mededeling van het pandrecht kunnen doen, waarna zij de vordering had kunnen innen en zich uit de opbrengst had kunnen voldoen. De ratio van art. 47 en 54 lid 1 Fw is het voorkomen casu quo ongedaan maken van benadeling. Doordat de bank niet via de weg van inning, mededeling en het zichzelf uit het geïnde voldoen verhaal neemt op de verpande vordering, maar de mededeling achterwege laat en tot verrekening overgaat, worden geen schuldeisers benadeeld. Om die reden kan verrekening door de bank-pandhouder van hetgeen zij door betaling op de bij haar door de pandgever aangehouden bankrekening verschuldigd wordt aan de pandgever met haar vordering op de pandgever, niet door de curator met een beroep op art. 47 of 54 lid 1 Fw worden aangetast.³⁹

9.4 De afkoelingsperiode in het faillissement van de pandgever

249. *Algemene opmerkingen.* Op 1 januari 1992 is in de Faillissementswet de mogelijkheid tot het instellen van een afkoelingsperiode geïntroduceerd.⁴⁰ De wettelijke regeling van de afkoelingsperiode is gewijzigd op 15 januari 2005⁴¹ en op 20 januari 2006.⁴² Kern van de regeling is de bevoegdheid van de rechter-commissaris, casu quo de rechter die de faillietverklaring uitspreekt, om te bepalen dat de bevoegdheid van derden tot verhaal of opeising van goederen die tot te boedel behoren of zich in de macht van de gefailleerde of de curator bevinden niet dan met zijn machtiging kan

39 Dit volgt uit het arrest Loeffen q.q. Mees & Hope II. Vgl. Voûte 1993, p. 106-107, Faber 1994, p. 188 en 196, Faber 1995a, p. 28-29 en Kortmann 2002b, p. 394-397. Anders Gispén 1993, p. 221, die meent dat wel benadeling plaatsvindt omdat het pandrecht van de bank is tenietgegaan voordat de bank verrekent

40 Zie voor de regeling zoals die thans luidt art. 63a-63e voor het faillissement, art. 241a-241e voor de surseance van betaling en 309-309a voor de schuldsanering natuurlijke personen.

41 Als gevolg van het gedeeltelijk van kracht worden van de wet tot wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surseance van betaling en faillissement, Stb. 2004, 615.

42 Als gevolg van het van kracht worden van Titel 2 Boek 7 BW (Financiële zekerheidsovereenkomsten), Stb 2006, 15.

worden uitgeoefend De afkoelingsperiode duurt ten hoogste twee maanden, met de mogelijkheid van verlenging met ten hoogste twee maanden⁴³ De afkoelingsperiode geldt niet voor boedelschuldeisers⁴⁴ De afkoelingsperiode is bedoeld om de curator de tijd te gunnen om zich een oordeel te vormen over de vraag welke goederen in de boedel vallen en zijn beleid ten aanzien van de boedel te bepalen, bijvoorbeeld in verband met de mogelijke voortzetting of verkoop van de onderneming van de gefailleerde⁴⁵

Van de regeling van de afkoelingsperiode zoals die op 1 januari 1992 is ingevoerd, was niet duidelijk of deze uitsluitend betrekking had op zaken, of mede betrekking had op vorderingen⁴⁶ Uit het op 15 januari 2005 ingevoerde art 63b Fw en de wetsgeschiedenis van de thans geldende regeling blijkt dat deze regeling tevens van toepassing is op vorderingen⁴⁷

250 *Wel mededeling en inning, maar geen verhaal op het geinde* De houder van een stil pandrecht op een vordering is ook gedurende de afkoelingsperiode bevoegd mededeling van zijn pandrecht aan de debiteur te doen De houder van een openbaar pandrecht is ook gedurende de afkoelingsperiode bevoegd de vordering te innen De pandhouder is echter niet bevoegd zich op het geinde te verhalen, hij dient het gehele door hem geinde bedrag te storten bij een bewaarder⁴⁸ Voor het behoud van de mededelingsbevoegdheid van de stil pandhouder is gekozen om te voorkomen dat zijn pandrecht tenietgaat doordat de vordering wordt voldaan aan de curator, hetgeen zich niet verdraagt met de strekking van de afkoelingsperiode, het tijdelijk bevriezen van rechten⁴⁹

251 *Afkoelingsperiode en verrekening* De vraag rijst nog of het van kracht zijn van een afkoelingsperiode zich verzet tegen verrekening van de vordering van een bank op de gefailleerde met hetgeen zij door betaling van een stil verpande vordering op diens bankrekening aan hem verschuldigd wordt Mijns inziens is dat niet het geval De ratio van de afkoelingspe-

43 Zie art 63a lid 1 en lid 4 Fw

44 Zie Kamerstukken II 1999/00, 27 244, nr A, p 13

45 Zie Kortmann en Faber 1995, p 203-204 en Kamerstukken II 1999/00, 27 244, nr 3 randnummer 43

46 Vgl Kortmann 1994b, p 151, Kortmann en Faber 1996, p 130, Kortmann, Faber en Van Hees 1998, p 1267 en Verdaas 2003a, p 83

47 Zie Kamerstukken II 1999/00, 27 244, nr 3, randnummers 44 en 65

48 Zie art 63b Fw jo 490b Rv

49 Zie Kamerstukken II 1999/00, 27 244, nr 3, randnummer 65

riode verzet zich niet tegen verrekening met een tot de boedel behorende vordering.⁵⁰ Dat een vordering is ontstaan door de betaling aan de gefailleerde van een tot de boedel behorende verpande vordering maakt dat mijns inziens niet anders.

252. *Wenselijk recht.* Voor het aan de pandhouder ontnemen van de bevoegdheid om zich tijdens de afkoelingsperiode op het geïnde te verhalen, zijn in de wetsgeschiedenis twee argumenten aangevoerd. Verhaal op het geïnde zou de mogelijkheden van de curator om de boedel te inventariseren verminderen en voorkomen zou moeten worden dat de houder van een stil pandrecht op een vordering gedurende de afkoelingsperiode in een betere positie zou zijn dan de houders van een pandrecht op een roerende zaak of hypotheekhouders, die gedurende de afkoelingsperiode niet kunnen executeren en zich bijgevolg ook niet op de opbrengst van het goed waarop hun zekerheidsrecht rust kunnen verhalen.⁵¹

Deze beide argumenten overtuigen niet. Niet valt in te zien dat verhaal op de opbrengst van een door de pandhouder geïnde vordering van de gefailleerde de inventarisatie van de boedel door de curator belemmert. Dat een afkoelingsperiode *verschillende* gevolgen heeft voor de houders van *verschillende* zekerheidsrechten is mijns inziens evenmin een overtuigend argument. Reeds het feit dat rechten van elkaar verschillen rechtvaardigt mijns inziens dat de gevolgen van een afgekondigde afkoelingsperiode voor die rechten verschillend zijn.

Er is een goede reden om verhaal door de pandhouder gedurende de afkoelingsperiode wel toe te staan. Pand- en hypotheekhouders kunnen hun na de faillietverklaring verschenen rentevorderingen verhalen op de opbrengst van het goed waarop hun zekerheidsrecht rust. Na de faillietverklaring verschenen rentevorderingen die niet door pand of hypotheek zijn gedekt kunnen niet worden geverifieerd.⁵² Gevolg hiervan kan zijn dat de pandhouder (een deel van) zijn tussen het moment van inning en het einde van de afkoelingsperiode gekweekte rentevordering op de opbrengst verhaalt. Zou geen afkoelingsperiode zijn afgekondigd dan zou de pandhouder mogelijk terstond na de inning verhaal op het geïnde hebben genomen, waardoor hij minder rente te vorderen zou hebben en op

50 Vgl. in dezelfde zin Kortmann 1994a, p. 160-161, Leuftink 1995, p. 120-121, Kortmann, Faber en Van Hees 1998, p. 1269 en Faber 2005, nr. 437. Anders Van der Aa 2007, p. 104-106.

51 Zie Kamerstukken II 1999/00, 27 244, nr. 3, randnummer 65 en Kamerstukken I 2004/05, 27 244, nr. C, p. 2-3.

52 Zie art. 128 Fw

het geïnde zou kunnen verhalen. Een afkoelingsperiode die aan verhaal door de pandhouder op het door hem geïnde in de weg staat, kan aldus nadelig zijn voor de gefailleerde en diens crediteuren.

Ook de andere ratio van de afkoelingsperiode, het gedurende een zekere periode bij elkaar houden van de bedrijfsmiddelen van de door de gefailleerde gedreven onderneming, is geen grond om deze mede van toepassing te laten zijn op vorderingen op naam. Mijn conclusie luidt dat de afkoelingsperiode in het geheel niet van toepassing zou moeten zijn op vorderingen op naam. Het verdient aanbeveling dat de wetgever (beperkte rechten op) vorderingen op naam uitzondert van de werking van de afkoelingsperiode.⁵³

9.5 Het recht van de pandhouder op informatie over de verpande vordering

9.5.1 Inleidende opmerkingen

253. *Het belang van de pandhouder.* De houder van een stil pandrecht op een vordering kan er om twee redenen belang bij hebben dat de pandgever hem informatie over de verpande vordering verschaft. De eerste reden is dat de pandgever zich een oordeel wil vormen over de omvang en de kwaliteit van de verpande vordering, zodat hij de zekerheid die hij aan zijn pandrecht ontleent op waarde kan schatten.

De tweede reden is dat hij de vordering wil innen. Om de stil verpande vordering te kunnen innen is mededeling van het pandrecht aan de debiteur van de vordering vereist,⁵⁴ zodat de pandhouder op z'n minst naam en adres van de debiteur moet kennen om tot inning van de vordering te kunnen overgaan. Ook andere informatie over de vordering zal voor de innende pandhouder van belang kunnen zijn, zoals informatie over de opeisbaarheid van de vordering. Ontstaat een dispuut met de debiteur, bijvoorbeeld als deze zich op het verrekend zijn van de verpande vordering met een vordering op de pandgever of op een opschortings-

53 Ook Faber 2005, nr. 438 heeft er voor gepleit de afkoelingsperiode (weer) te beperken tot zaken en daarmee gelijk te stellen goederen, zoals rechten aan toonder. Ook Leuftink 1995, p. 120 heeft geconstateerd dat er geen goede reden is om de afkoelingsperiode mede van toepassing te doen zijn op vorderingen. Opgemerkt zij dat geld en effecten zoals gedefinieerd in art. 7:51 BW niet worden getroffen door een afkoelingsperiode als zij zijn verpand ter uitvoering van een financiële-zekerheidsovereenkomst; zie art. 63d Fw.

54 Art. 3:246 lid 1 BW.

recht beroept, dan kan ook andere informatie voor de pandhouder die de verpande vordering wenst te innen van belang zijn.

Verkeert de pandgever in staat van faillissement dan heeft de pandhouder er belang bij zo spoedig mogelijk tot mededeling van zijn pandrecht aan de debiteur van de verpande vordering over te kunnen gaan. Zolang het pandrecht aan de debiteur niet is medegedeeld, kan deze na de faillietverklaring van de pandgever namelijk bevrijdend betalen aan de curator van de pandgever. De pandhouder behoudt in dat geval weliswaar een voorrangrecht op het door de curator geïnde, maar moet met het nemen van verhaal wachten op uitdeling door de curator en draagt bij aan de algemene faillissementskosten.⁵⁵

254. *Een parallel met cessie.* In geval van *overgang* van een vordering heeft de nieuwe schuldeiser op grond van art. 6:143 lid 1 BW een jegens de oude schuldeiser uit te oefenen recht op (een afschrift of uittreksel van) de op de vordering betrekking hebbende bewijsstukken. Daar noch de vestiging van een stil pandrecht, noch mededeling van een stil pandrecht aan de debiteur van de verpande vordering leidt tot overgang van de vordering op de pandhouder, kan een pandhouder zich op deze bepaling niet, althans niet rechtstreeks, beroepen. Een vergelijkbare bepaling waarop een houder van een stil of openbaar pandrecht zich kan beroepen kent het Burgerlijk Wetboek niet.

255. *Plan van behandeling.* De pandgever en de pandhouder kunnen overeenkomen dat op de pandgever de verplichting rust om informatie over de verpande vordering te verschaffen aan de pandhouder, waaronder de voor de mededeling van het pandrecht en de inruig van de verpande vordering relevante gegevens. Desgewenst kunnen zij overeenkomen dat de pandgever tot het verschaffen van deze informatie eerst gehouden is indien de pandhouder tot het doen van mededeling van het pandrecht bevoegd is.⁵⁶

Is de pandhouder met de pandgever niet overeengekomen dat hij recht heeft op informatie, dan kan de vraag rijzen of de pandhouder jegens de pandgever op een andere grond recht heeft op informatie over de verpande vordering en zo ja op grond waarvan. Heeft de pandhouder

55 Vgl. HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder q.q./CLBN) Zie ook hiervóór par. 9.2. Vgl. over het belang van de pandhouder om mededeling van het pandrecht te kunnen doen ook Vermunt 2006, p. 176.

56 Vgl. art. 3:239 lid 3 BW.

jegens de pandgever zo een niet overeengekomen recht op informatie, dan rijst tevens de vraag of de pandhouder daar reeds recht op heeft vóórdát hij bevoegd is van het pandrecht mededeling aan de schuldenaar van de verpande vordering te doen, of pas vanaf het ontstaan van die bevoegdheid. Daarnaast rijst de vraag wat de gevolgen van faillietverklaring van de pandgever zijn voor een recht op informatie van de pandhouder. Heeft de pandhouder jegens de curator van de pandgever recht op informatie? Deze vragen komen in het vervolg van deze paragraaf aan bod.

9.5.2 Heeft de pandhouder van rechtswege recht op informatie?

256. *De 'inhoud' van het pandrecht.* De houder van een pandrecht heeft een aantal van elkaar te onderscheiden rechten die tot de inhoud van het pandrecht behoren en tezamen het pandrecht vormen. Onbetwist is dat het recht van parate executie,⁵⁷ het recht om met voorrang verhaal te nemen op de opbrengst van het verpande,⁵⁸ en het recht van separatisme⁵⁹ deel uitmaken van het pandrecht. Deze rechten komen de pandhouder toe omdat hij pandhouder is. Ook andere rechten kunnen tot de inhoud van een pandrecht behoren, zoals het recht op afgifte van stil verpande zaken,⁶⁰ het recht om mededeling van een stil pandrecht op een vordering aan de schuldenaar te doen,⁶¹ en het recht om een openbaar verpande vordering te innen.⁶²

Deze rechten hebben met elkaar gemeen, dat zij ieder afzonderlijk een essentieel onderdeel van het pandrecht zijn. Door het pandrecht van één van de genoemde rechten te ontdoen, zou het pandrecht wezenlijk veranderen en zou het bedoelde zekerheidskarakter geweld worden aangedaan. Zo is, om een voorbeeld te geven, een pandrecht op een vordering zonder het recht om deze (na mededeling van het pandrecht aan de debiteur) te innen een wezenlijk ander recht dan een pandrecht dat de pandhouder wel het recht geeft de verpande vordering te innen. Zonder het recht om de verpande vordering te innen zou de pandhouder die zich op het pand wil verhalen op verkoop daarvan zijn aangewezen. In veel gevallen zal zo een verkoop bezwaarlijk zijn, bijvoorbeeld omdat een moge-

57 Vgl. art. 3:248 BW.

58 Art. 3:227 lid 1 jo 3:253 lid 1 BW.

59 Art. 57 lid 1 Fw.

60 Art. 3:237 lid 3 BW.

61 Art. 3:239 lid 3 BW.

62 Art. 3:246 lid 1 BW.

lijke koper het risico van wanbetaling verdisconteert in de prijs die hij biedt.

257. *Verband met het recht om de vordering te innen.* Een essentieel onderdeel van de geldende wettelijke regeling van het stil pandrecht op vorderingen is dat de pandhouder, indien de pandgever tekortschiet of tekort dreigt te gaan schieten, bevoegd is mededeling van zijn pandrecht te doen en daardoor exclusief bevoegd wordt om de vordering te innen.

Bij de rechten om mededeling van het pandrecht te doen en de verpande vordering te innen, past een recht van de pandhouder op de voor de mededeling en de inning relevante informatie. Zonder die informatie zijn deze rechten, die een essentieel onderdeel van een (stil) pandrecht op een vordering vormen, van weinig betekenis. De door de wet aan de (stil) pandhouder toegekende rechten om mededeling van zijn pandrecht te doen en de openbaar verpande vordering te innen, veronderstellen - en strekken er daarom ook toe - dat de pandhouder tot de inning in staat gesteld moet worden door de pandgever doordat de pandgever de pandhouder de informatie verschaft die voor de mededeling en de inning relevant is.⁶³

Hieraan kan nog worden toegevoegd dat er geen reden is om de tot mededeling dan wel inning bevoegde pandhouder anders te behandelen dan een cessionaris. Aangenomen wordt, dat een cedent gehouden is een cessionaris in staat te stellen om zijn vorderingsrecht te kunnen uitoefenen.⁶⁴ Art. 6:143 lid 1 BW, dat in geval van overgang van een vordering de oude schuldeiser verplicht om de op de vordering betrekking hebbende bewijsstukken af te geven aan de nieuwe schuldeiser, brengt dit beginsel tot uitdrukking. UitvloeiSEL van dit beginsel is mijns inziens dat een cessionaris ook aanspraak kan maken op andere voor de inning van de vordering relevante informatie dan bewijsstukken. Dit is een extra grond om aan te nemen dat een tot openbaarmaking dan wel inning bevoegde pandhouder jegens de pandgever recht heeft op de voor de openbaarmaking dan wel inning relevante informatie.

63 In dezelfde zin Molkenboer en Verdaas 2002, p. 208-209. Eveneens in dezelfde zin, althans voor wat betreft de voor het doen van mededeling van een stil pandrecht benodigde informatie, NED Faber over Rb. Dordrecht 6 februari 2002, JOR 2002/36 (ABN AMRO/Hamm q q) in nr. 3 van zijn noot onder JOR 2002/35-38 Anders Van Hees 2002.

64 Vgl. Wiarda 1937, p. 286 en Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 567.

258. *Conclusie.* Ik concludeer dat de tot mededeling van een stil pandrecht bevoegde pandhouder en de openbaar pandhouder een jegens de pandgever geldend te maken recht hebben op voor de mededeling en/of de inning relevante informatie, alsmede dat dit recht deel uitmaakt, tot de inhoud behoort, van het pandrecht op een vordering op naam.⁶⁵ Naar geldend recht mag niet worden aangenomen dat een stil pandhouder reeds vóór hij tot mededeling van zijn pandrecht bevoegd is jegens de pandgever recht heeft op informatie over de verpande vordering, tenzij de pandgever en de pandhouder zulks zijn overeengekomen.

9.5.3 *Heeft de pandhouder jegens de curator van de pandgever recht op informatie?*

259. *De pandhouder blijft separatist.* De faillietverklaring van de pandgever laat de separatistpositie van de pandhouder onaangetaast, behoudens wettelijke uitzonderingen.⁶⁶ Tot de rechten die de pandhouder als separatist heeft en die door de faillietverklaring niet worden aangetast, behoren niet alleen de rechten van parate executie en verhaal met voorrang, maar ook andere rechten die hem *als pandhouder* toekomen.

Voorbeelden van rechten van separatisten die door de faillietverklaring van de zekerheidsgever niet worden aangetast, zijn het recht om mededeling van een stil pandrecht aan de debiteur van een verpande vordering te doen,⁶⁷ het recht op substitutie van een pand- of hypotheekrecht door een pandrecht op een vordering tot vergoeding van het onderpand,⁶⁸ alsmede het recht op afgifte van verpande roerende zaken.⁶⁹

Zoals gezegd zijn er wettelijke uitzonderingen op het beginsel dat de faillietverklaring van de pandgever de rechten van de pandhouder onaangetaast laat. Voorbeelden van deze uitzonderingen zijn enkele gevolgen van de afkoelingsperiode, zoals de opschorting van het recht op afgifte van verpande roerende zaken en, in geval van een pandrecht op vorderingen, van de bevoegdheid van de pandhouder om zich te voldoen uit

65 In dezelfde zin Vermunt 2006, p. 176-177 en Faber in zijn noot onder JOR 2002/35-38. Zij zien het recht van de pandhouder op informatie over de verpande vordering, in ieder geval voor wat betreft de voor de mededeling noodzakelijke informatie, als een sequeel van art. 3:239 lid 3 BW en daarmee als een tot de inhoud van het stil pandrecht behorend recht

66 Art. 57 lid 1 Fw. Zie ook par. 9.2 hiervóór.

67 Zie art. 63b Fw en ook HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt WMK (Mulder q.q./CLBN). Zie ook par. 9.2 hiervóór.

68 Art. 3:229 BW. Zie hierover hierna hoofdstuk 11.

69 Art. 3:237 lid 3 BW jo. 57 lid 1 Fw.

het door hem geïnde.⁷⁰ Een ander voorbeeld is de bevoegdheid van de curator om aan de pandhouder, op straffe van verval van zijn separatistpositie, een redelijke termijn te stellen om tot uitoefening van zijn rechten over te gaan.⁷¹

In de vorige paragraaf werd geconcludeerd dat het recht op informatie van de pandhouder jegens de pandgever één van de rechten is die hem *als pandhouder* toekomen. Consequentie van deze opvatting is dat de pandhouder dit recht als separatist ook jegens de curator van de pandgever geldend kan maken, nu de wet aan de uitoefening van dit recht geen beperkingen stelt.⁷² Ook een eventuele afkoelingsperiode beperkt het recht van de pandhouder op informatie niet, nu een afkoelingsperiode de bevoegdheid tot mededeling van een stil pandrecht door de pandhouder aan de debiteur en inning van een verpande vordering door de openbaar pandhouder onverlet laat.⁷³

260. *Andere grondslagen voor het recht van de pandhouder op informatie.* Gelet op de conclusie dat de pandhouder van rechtswege een tegen de curator geldend te maken recht heeft op informatie over de verpande vordering, wordt nog slechts beperkt aandacht besteed aan de mogelijke andere grondslagen voor een recht op informatie over (stil) verpande vorderingen van de pandhouder jegens de curator. Te denken valt aan een tussen de pandhouder en de pandgever overeengekomen recht op informatie, dat de pandhouder mogelijk ook tegen de curator geldend kan maken op de in art. 25 Fw aangegeven wijze.⁷⁴

Daarnaast kan worden gewezen op art. 3:15j, aanhef en sub d BW, dat schuldeisers in een faillissement, voor zover zij daarbij voldoende belang hebben, recht geeft op openlegging van de tot de administratie van de gefailleerde behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers.⁷⁵ De schuldeiser-pandhouder die door 'openlegging' van de admini-

70 Zie art. 63b Fw

71 Art. 58 lid 1 Fw, zie hiervoor par. 9.2.3

72 In dezelfde zin Molkenboer en Verdaas 2002, p. 209 en Vermunt 2006, p. 177-178

73 Art. 63b Fw

74 Zo begrip ik Rb. Dordrecht 6 februari 2002, JOR 2002/36 m.nt. NEDF onder JOR 2002/38 (ABN AMRO/Hamm q.q.) Vgl. ook Molkenboer en Verdaas 2002, p. 207-208

75 Waarover Van Daal 2003, p. 84-89 en Van Hees 2004, p. 293-294. Zie voor rechtspraak over de reikwijdte van art. 3:15j BW Hof Amsterdam 15 januari 2004, JOR 2004/62 m.nt. R.J. Abendroth (Funds/curatoren Jomed) en, in cassatie van dat arrest, HR 21 januari 2005, JOR 2005/105 m.nt. R.J. Abendroth, NJ 2005, 250 m.nt. PvS (Funds/curatoren Jomed)

stratie van de gefailleerde de informatie wil bekomen die hij nodig heeft om zijn pandrecht uit te oefenen heeft bij die openlegging mijns inziens voldoende belang. Dat art. 3:15j BW een schuldeiser geen bevoegdheid geeft om van de curator te verlangen dat hij inlichtingen verstrekt omtrent het door hem gevoerde beheer over en de vereffening van de boedel, door inzage te verlenen in de door hem terzake van de boedel gevoerde administratie,⁷⁶ staat aan dat recht van de pandhouder op informatie uit de administratie van de gefailleerde niet in de weg.⁷⁷

Verdedigbaar is daarnaast dat een behoorlijke uitoefening van de wettelijk aan de curator opgedragen taak tot een zodanige vereffening van de boedel dat elke schuldeiser krijgt wat hem rechtens toekomt,⁷⁸ op de curator de verplichting legt een pandhouder in staat te stellen om zijn recht uit te oefenen door hem informatie over zijn onderpand te verschaffen.

261. *Art. 69 Fw.* Weigert de curator de voor de mededeling en de inning benodigde informatie aan de pandhouder te verstrekken, dan kan de pandhouder ex art. 69 Fw aan de rechter-commissaris verzoeken om de curator te bevelen die informatie aan hem te verstrekken. Dat de pandhouder separatist is, staat aan een dergelijk beroep op de rechter-commissaris niet in de weg; in art. 69 Fw is bepaald dat zo een beroep toekomt aan ieder der schuldeisers.⁷⁹

9.5.3.1 Wie draagt de kosten van de informatieververschaffing door de curator?

262. *Algemene of bijzondere faillissementskosten?* Gesteld zou kunnen worden dat de kosten die de curator moet maken om de pandhouder de informatie waarop hij recht heeft te verschaffen, als kosten van vereffening van de boedel tot de algemene faillissementskosten moeten worden gerekend, zodat de pandhouder niet verplicht is deze kosten aan de curator te vergoeden.⁸⁰ Gevolg van deze benadering zou zijn, dat de pandhouder die zijn vordering geheel uit de opbrengst van zijn zekerheidsrecht voldaan

76 Vgl. HR 21 januari 2005, JOR 2005/105 m.nt. R.J. Abendroth, NJ 2005, 250 m.nt. PvS (Funds/curatoren Jomed).

77 Ook Vermunt 2006, p. 178-179, stelt dat aan de pandhouder een beroep op art. 3:15j, aanhef en sub d BW toekomt.

78 Art. 68 lid 1 Fw.

79 In dezelfde zin Vermunt 2006, p. 179.

80 Art. 182 Fw.

krijgt en daardoor niet bijdraagt aan de algemene faillissementskosten, op geen enkele wijze een bijdrage levert aan de door de boedel gemaakte kosten van de uitoefening van zijn pandrecht, terwijl die kosten volledig door de overige schuldeisers worden gedragen. Dat is mijns inziens onredelijk en onbillijk en daarom onwenselijk.⁸¹

De kosten die de curator maakt om de pandhouder in staat te stellen de verpande vorderingen te innen zijn kosten die als kosten van executie in de in art. 3:277 lid 1 BW bedoelde zin zijn aan te merken. Dat inning van een verpande vordering door de pandhouder geen executie is doet daar niet aan af. Art. 3:277 lid 1 BW leent zich mijns inziens voor analoge toepassing. Evenals executie van een verpand goed is de inning van een verpande vordering gericht op het te gelde maken daarvan en - vervolgens - op voldoening van de vordering van de pandhouder uit de opbrengst. Voor de toepassing van art. 3:277 lid 1 BW dient de inning van een verpande vordering naar mijn mening met de executie daarvan te worden gelijkgesteld.

De kosten die de curator voor de informatieverstrekking maakt, zijn kosten die uitsluitend door de tegeldemaking van de verpande vorderingen zijn veroorzaakt. Dergelijke kosten zijn te beschouwen als bijzondere faillissementskosten, die moeten worden voldaan uit de opbrengst van de verpande vorderingen.⁸² De pandhouder is dan ook gehouden deze kosten aan de curator te vergoeden, indien en voor zover de opbrengst van de verpande vorderingen daarvoor toereikend is.

81 In dezelfde zin voor de situatie waarin (aanzienlijke) kosten waren gemaakt om leveranciers onder eigendomsvoorbehoud en pandhouders het hunne te kunnen doen toekomen Rb 's-Gravenhage 16 juni 1993, NJ 1995, 205 (Tulip Computers/Tiethoff q q en Rosenberg Polak q q)

82 Vgl Boekraad 1997, p 91-100

VERREKENING

10.1 Inleiding

263. *Algemene vereisten.* In dit hoofdstuk wordt onderzocht wat de gevolgen zijn van de vestiging van een pandrecht op een vordering en van het inningsbevoegd worden van de pandhouder voor de mogelijkheden van de pandgever, de pandhouder en de debiteur om de verpande vordering te verrekenen met een andere vordering. De algemeen geldende vereisten voor en de gevolgen van verrekening blijven in beginsel buiten beschouwing.¹ Volstaan wordt met het noemen van deze algemene vereisten.²

1. Twee partijen hebben elk een vordering op elkaar (en derhalve een schuld aan elkaar), ook wel het vereiste van wederkerig schuldenaarschap genoemd.
2. De vordering van de partij die zijn verrekeningsbevoegdheid uitoefent, beantwoordt aan zijn schuld in die zin, dat hij bevoegd is zijn schuld te voldoen met de prestatie waarop hij recht heeft.³
3. De partij die zijn verrekeningsbevoegdheid uitoefent, is bevoegd betaling van zijn vordering af te dwingen.
4. De partij die verrekent is bevoegd zijn schuld te voldoen.
5. De vordering en de schuld die door de verrekening teniet zouden gaan vallen niet in van elkaar gescheiden vermogens.⁴

1 Deze algemene vereisten en gevolgen zijn geregeld in afdeling 6:112 BW. Er zijn buiten deze afdeling echter diverse bijzondere bepalingen die van belang zijn voor de mogelijkheid tot en de gevolgen van verrekening, zoals de regels voor verrekening tijdens en kort voor een faillissement (art. 47 en 53-55 Fw).

2 Art. 6:127 BW. Zie over deze vereisten bijvoorbeeld Dirix en Kortmann 1989, nr. 2, Peleher 1996, p. 23-37, Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 532-536 en Faber 2005, hoofdstuk 2.

3 Hetgeen bijvoorbeeld wel het geval is als de partij die verrekent 'aandelen Ahold' verschuldigd is en te vorderen heeft, maar niet indien hij aandelen Ahold verschuldigd is en betaling van een geldsom te vorderen heeft.

4 Dit vereiste is een aanscherping van het wederkerigheidsvereiste. Aan dat vereiste is niet voldaan als partijen weliswaar over en weer elkaars schuldeiser →

Deze vereisten en de overige op verrekening betrekking hebbende bepalingen in afdeling 12, Titel 1, Boek 6 BW zijn van regelend recht. Partijen kunnen zowel beperkingen als uitbreidingen van de in deze afdeling opgenomen verrekeningsmogelijkheden overeenkomen. Enkele bijzondere, dwingende wetsbepalingen beperken deze vrijheid.⁵

264. *Verrekeningsverklaring; gevolg*. Is aan de vereisten voor verrekening voldaan, dan vindt de verrekening plaats doordat de tot verrekening bevoegde partij aan zijn schuldeiser verklaart dat hij zijn schuld met zijn vordering op de schuldeiser verrekent.^{6,7} Het voornaamste gevolg van verrekening is dat de verrekende vorderingen tot het beloop van de kleinste vordering tenietgaan; zijn de vorderingen even groot dan gaan zij beide door de verrekening geheel teniet.⁸

265. *Ratio's*. Het, mits voldaan is aan de aan verrekening gestelde vereisten, door verrekening (gedeeltelijk) tenietgaan van verbintenissen is één van de ratio's voor het bestaan van de mogelijkheid tot verrekening: verrekening vereenvoudigt het betalingsverkeer.

Een andere ratio voor verrekening is de zekerheidsfunctie. Wie betaling van zijn vordering af kan dwingen, vindt in zijn recht op verrekening een waarborg dat zijn vordering wordt voldaan casu quo dat hij de voldoening daarvan kan afdwingen. Hij kan door verrekening tevens voorkomen dat hij zijnerzijds presteert terwijl de prestatie van zijn schuldenaar uitblijft.⁹

en schuldenaar zijn, maar aan de zijde van één partij de vordering en de schuld in van elkaar afgescheiden vermogens vallen. Een voorbeeld van zo een afgescheiden vermogen is een bijzondere gemeenschap (vgl. afd. 3.7.2 BW). Zie hierover Faber 2005, nr. 86-92

5 Bijvoorbeeld de regel dat een algemene voorwaarde die ten nadele van de consument afwijkt van de wettelijke verrekeningsregels vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn (art. 6:237, aanhef en sub g BW). Vgl. Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 531.

6 Zie over de verrekeningsverklaring Faber 2005, hoofdstuk 3.

7 Verrekening vindt in beginsel niet van rechtswege plaats doordat partijen over en weer vorderingen op elkaar hebben die voor verrekening vatbaar zijn, maar door, als aan de overige vereisten voor een geslaagd beroep op verrekening voldaan is, een op verrekening gerichte verklaring; zie art. 6:127 lid 1 BW. Vgl. Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 530 en 537. Een uitzondering is verrekening van in een rekening-courant geboekte vorderingen, die van rechtswege geschiedt; zie art. 6:140 BW.

8 Art. 6:127 lid 1 BW. Vgl. Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 528. Zie over de gevolgen van verrekening Faber 2005, hoofdstuk 5.

9 Zie over de beide functies van verrekening Dirix en Kortmann 1989, p. 1657 e.v., Van Erp 1991, p. 306-315 en Faber 2005, nr. 1.

10.2 Verrekening door de pandgever

266 *Stil pand* Ook na de vestiging van een stil pandrecht op een vordering op naam blijft de pandgever de schuldeiser van die vordering. De stille verpanding van een vordering heeft dan ook geen gevolgen voor de bevoegdheid van de pandgever om de verpande vordering in verrekening te brengen met zijn schuld aan de debiteur van de verpande vordering.

267 *Openbaar pand* De mededeling van het pandrecht aan de debiteur van de vordering heeft wel gevolgen voor de bevoegdheid tot verrekening van de pandgever. Door de mededeling wordt de pandgever onbevoegd de verpande vordering te innen.¹⁰ De inningsonbevoegdheid brengt voor de pandgever de onbevoegdheid met zich mee om terzake van de verpande vordering een beroep op verrekening te doen.¹¹ Is de pandgever ondanks dat het pandrecht openbaar is toch bevoegd de vordering te innen doordat hij daartoe toestemming van de pandhouder of machtiging van de kantonrechter heeft verkregen,¹² dan is hij wel bevoegd zich met betrekking tot de verpande vordering op verrekening te beroepen.¹³

Aannemelijk is dat de pandgever van een openbaar verpande vordering zich ook op verrekening kan beroepen als de verpande vordering een vordering op de pandhouder is en de schuld die door de verrekening (gedeeltelijk) tenietgaat een schuld aan de pandhouder is tot zekerheid waarvan het pandrecht strekt. De ratio voor deze uitzondering op de onbevoegdheid van een pandgever om zich ten aanzien van een openbaar verpande vordering op verrekening te beroepen, is dat de schuld tot zekerheid waarvan de verpande vordering strekt in dat geval wordt verlaagd met de opbrengst van de verpande vordering, zodat de opbrengst van de verpande vordering aan de pandhouder ten goede komt.¹⁴ Deze uitzondering geldt dan ook niet voor een beroep op verrekening ten aanzien van een niet door het pandrecht verzekerde schuld aan de pandhouder.¹⁵

10 Art. 3:246 lid 1 BW

11 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 501. In dezelfde zin Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 543 en Faber 2005, nr. 69.

12 Zie art. 3:246 lid 4 BW.

13 Zo ook Faber 2005, nr. 70.

14 Aldus HR 24 december 1931, NJ 1932, p. 797 e.v.m. n.t. EMM (Westerouwen van Meeteren/Curatoren Beider Belang).

15 Zo ook Faber 2005, nr. 70.

10.3 Verrekening door de pandhouder?

268. *Pandhouder niet verrekeningsbevoegd.* De cessionaris van een vordering wordt door de cessie ervan de schuldeiser van die vordering. Hij kan, als aan de voor verrekening geldende vereisten voldaan is, de aan hem gecedeerde vordering verrekenen met zijn schuld aan de debiteur. De houder van een pandrecht op een vordering is geen schuldeiser van die vordering, ook niet nadat het pandrecht aan de schuldenaar is medegegeeld. Naar geldend recht is de houder van een pandrecht dan ook niet bevoegd tot verrekening van de verpande vordering met zijn schuld aan de debiteur van de vordering, ongeacht of hij stil of openbaar pandhouder is, omdat aan het vereiste van wederkerig schuldenaarschap niet is voldaan.¹⁶

Het is mijns inziens ook niet wenselijk dat de pandhouder bevoegd zou zijn om zijn vordering(en) op de debiteur te verrekenen met de verpande vordering, omdat de rechten die derden (zoals beslagleggers, andere pandhouders en de pandgever) op de vordering en/of na inning op het geïnde kunnen hebben door verrekening door de pandhouder illusoir gemaakt zouden kunnen worden. Die rechten vinden terecht bescherming in de dwingende regels die voor de inning en verhaal op het geïnde door de pandhouder gelden.¹⁷

10.4 Verrekening door de debiteur van de verpande vordering met een vordering op de pandhouder?

269. *Geen verrekening van een vordering op de pandhouder.* De debiteur van een verpande vordering kan zijn eventuele vordering op *de pandhouder* niet verrekenen met de verpande vordering. De reden daarvoor is dezelfde als de reden waarom de pandhouder een schuld aan de debiteur niet met de verpande vordering kan verrekenen: de pandhouder is geen schuldeiser van de debiteur, zodat niet voldaan is aan het voor verrekening geldende vereiste van wederkerig schuldenaarschap.¹⁸ Het lijkt mij ook onwenselijk dat de debiteur zich tegenover de pandhouder op verrekening zou kunnen beroepen. Ook als de debiteur zijn schuld betaalt aan

16 Zo reeds Rb Amsterdam 30 juni 1898, W 7168 (Cosman q q en Kirberger q q / Van Wezel) Vgl ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 491 en Faber 2005, nr. 27-28

17 Zie hierover par. 11.5.3 hierna

18 Vgl. Faber 2005, nr. 28

de pandhouder voldoet hij zijn schuld aan de pandgever. Zou de debiteur een vordering op de pandhouder in verrekening kunnen brengen, dan zou de pandgever en zouden eventuele derden met rechten op de vordering op de debiteur daardoor benadeeld kunnen worden.

10.5 Verrekening door de debiteur van de verpande vordering met een vordering op de pandgever

270. *Plan van behandeling.* In deze paragraaf 10.5 wordt onderzocht wat de gevolgen zijn van de stille verpanding van een vordering en van de mededeling daarvan aan de debiteur van de vordering voor de bevoegdheid van de debiteur om een vordering die hij heeft op de pandgever te verrekenen met de verpande vordering. De verrekeningsbevoegdheid van de debiteur na openbare verpanding van de vordering op hem is geregeld in art. 6:130 BW. In dit artikel is tevens de verrekeningsbevoegdheid van een debiteur na openbare cessie van de vordering op hem geregeld. Omdat de voor verrekening door een debiteur na openbare cessie geldende regeling van overeenkomstige toepassing is verklaard op de verrekeningsbevoegdheid van een debiteur na openbare verpanding, wordt uitgebreid aandacht besteed aan de gevolgen van openbare cessie voor de verrekeningsbevoegdheid van de debiteur van de gecedeerde vordering.

Omwille van de leesbaarheid wordt een vordering van de debiteur op de pandgever hierna veelal kortweg aangeduid als 'een tegenvordering' of 'een tegenvordering op de pandgever'. Waar aandacht wordt besteed aan de gevolgen van cessie voor de verrekeningsbevoegdheid van de debiteur van de gecedeerde vordering geldt dat, tenzij uitdrukkelijk anders is vermeld, *openbare* cessie is bedoeld.

10.5.1 Art. 6:130 BW

10.5.1.1 Cessie en art. 6:130 BW

271. *Art. 6:130 BW breidt de verrekeningsbevoegdheid van de debiteur na overgang van de vordering uit.* Na overgang van een vordering onder bijzondere titel, bijvoorbeeld door cessie, is niet langer voldaan aan het wederkerigheidsvereiste. Om die reden zou, zonder een wettelijke regeling als in art. 6:130 BW, de debiteur tegenvorderingen op zijn oorspronkelijke schuldeiser niet langer kunnen verrekenen. Hij zou uitsluitend tegenvorderingen op zijn nieuwe schuldeiser, de cessionaris, kunnen verrekenen.

Het bepaalde in art. 6:130 lid 1 BW breidt de verrekeningsmogelijkheden van de debiteur van een gecedeerde vordering uit; ondanks de overgang van de vordering op een andere schuldeiser mag de debiteur de in dat artikel genoemde tegenvorderingen op de oude schuldeiser verrekenen.¹⁹

Bij de cessie van een vordering geldt als uitgangspunt dat de juridische positie van de debiteur van die vordering daardoor niet noemenswaardig mag verslechteren.²⁰ Het is in overeenstemming met dit uitgangspunt dat door cessie van een vordering de verrekeningsmogelijkheden die de debiteur jegens de cedent had of mogelijk nog zou krijgen hem niet geheel worden ontnomen. Het zou onbillijk zijn als de debiteur de verrekeningsmogelijkheden die hij vóór de mededeling aan hem van de cessie had of waarvan hij mocht verwachten dat hij die mogelijk zou verkrijgen, door de cessie zou verliezen.

Voor de wetgever is dit de reden geweest om in art. 6:130 BW een regeling te treffen waardoor een schuldenaar van een vordering, na de overgang van die vordering onder bijzondere titel, grosso modo de verrekeningsmogelijkheden behoudt die hij vóór de overgang jegens de cedent had of waarvan hij, gelet op het verband van zijn vordering op de cedent met zijn schuld aan de cedent, mocht verwachten dat hij die zou verkrijgen.²¹

De debiteur van een vordering mag na overgang onder bijzondere titel van die vordering zijn tegenvordering op de oude schuldeiser in verrekening brengen indien voldaan is aan één van de vereisten van art. 6:130 lid 1 BW: de tegenvordering (i) bestond reeds en was opeisbaar op het tijdstip van de overgang of (ii) vloeit voort uit dezelfde rechtsverhouding als de overgegane vordering.²²

10.5.1.2 Pandrecht en art. 6:130 BW

272. *Mededeling als scheidslijn.* Zolang het pandrecht op de vordering niet aan de debiteur is medegedeeld op de voet van art. 3:239 lid 3 BW

19 Vgl. Faber 2005, nr 244

20 Zie hiervoor par 2.3

21 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 500, Van Gaalen 1996, p. 41-42, Asser/Hartkamp 4-1 2004, nr 541-542 en Faber 2005, nr 231 en 236

22 Naar het tot 1992 geldende recht kon een debiteur na cessie van een vordering slechts tegenvorderingen in verrekening brengen die op het moment van de betekening van de cessie bestonden en opeisbaar waren. Zie art. 1467 lid 2 OBW en De Klerk-Leenen en Klomp 1998 (Verbintenissenrecht), art. 6:130 BW, aant. 3. De 'gerechtvaardigde verwachting' van de debiteur was de reden om naar huidig recht ook verrekening van uit dezelfde rechtsverhouding na de cessie voortvloeiende tegenvorderingen mogelijk te doen zijn, zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 500

ondergaat diens bevoegdheid om zich tegenover zijn schuldeiser, de pandgever, op verrekening te beroepen geen wijziging. Dit geldt ook als de debiteur, ondanks dat deze mededeling nog niet aan hem is gedaan, van het pandrecht op de hoogte is.²³ De debiteur van een stil verpande vordering kan zich jegens zijn schuldeiser, de pandgever, op verrekening beroepen als aan de voor verrekening geldende algemene vereisten is voldaan. Hij kan die verrekening vervolgens aan de pandhouder tegenwerpen, ook nadat het pandrecht aan de debiteur is medegedeeld.²⁴

Dat de vestiging van een pandrecht op een vordering de verrekeningsmogelijkheden van de debiteur van een vordering ongewijzigd laat tot het moment waarop het pandrecht aan hem is medegedeeld, is in overeenstemming met de omstandigheid dat de pandgever tot dat moment inningsbevoegd is.²⁵

Het is ook redelijk dat de debiteur geen beperking van zijn verrekeningsmogelijkheden ondervindt zolang hij zijn vordering dient te voldoen aan de pandgever, temeer daar hij van de verpanding van de vordering veelal onkundig zal zijn zolang het pandrecht aan hem niet is medegedeeld, zodat hij tot dat tijdstip in veel gevallen geen rekening zal houden - en ook niet hoeft te houden - met een beperking van zijn verrekeningsbevoegdheid.²⁶

Ex art. 6:130 lid 1 en 2 BW kan de debiteur nadat aan hem mededeling van het pandrecht op de vordering is gedaan, zich nog uitsluitend op verrekening beroepen indien zijn tegenvordering op de pandgever waarmee hij zijn schuld uit de verpande vordering wenst te verrekenen (i) op het tijdstip van de mededeling reeds bestond en opeisbaar was of (ii) voortvloeit uit dezelfde rechtsverhouding als de verpande vordering.

273. *Wat niet verandert.* Voor een goed begrip is het van belang dat men zich realiseert dat verrekening door de schuldenaar van een verpande vordering uitsluitend mogelijk is als voldaan is aan de overigens voor een geslaagd beroep op verrekening geldende vereisten.²⁷ Men realiseer zich

23 Zo ook Faber 2005, nr. 238 en 278.

24 Vgl. Faber 2005, nr. 238.

25 Zo ook Reehuis 1987, nr. 394.

26 Stille cessie heeft voor de verrekeningsbevoegdheden van een schuldenaar dezelfde gevolgen als stille verpanding. Vgl. Kamerstukken II 2003/04, 28 878, nr. 5, randnummer 10 en Faber 2005, nr. 239. Zie ook Biemans 2006, nr. 8. Het is wenselijk dat de wetgever in art. 6:130 BW tot uitdrukking brengt dat de verrekeningsbevoegdheid van de debiteur van de gecedeerde vordering eerst wordt beperkt door de mededeling aan hem van de cessie en niet reeds door de overgang van de vordering.

27 Aldus ook Van Gaalen 1996, p. 42 en Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 542.

ook dat de schuldenaar zijn verrekeningsverklaring uit moet brengen aan de pandgever en niet aan de pandhouder²⁸ Eerst nadat hij zijn tegenvordering heeft verrekend met de verpande vordering, kan hij zich er jegens de pandhouder op beroepen dat de verpande vordering door verrekening (gedeeltelijk) is tenietgegaan²⁹

274 *Na mededeling van het pandrecht* Met Faber meen ik dat een schuldenaar zonder de in art 6 130 BW getroffen voorziening niet meer bevoegd zou zijn om zich op verrekening van zijn tegenvordering op de pandgever te beroepen nadat aan hem mededeling van de verpanding van zijn schuld aan de pandgever is gedaan Alsdan is niet meer voldaan aan het voor verrekening in art 6 127 lid 2 BW gestelde vereiste dat dege- ne die zich op verrekening beroept, bevoegd is tot betaling van zijn schuld aan zijn schuldeiser Met 'bevoegd zijn tot betaling van de schuld' is 'bevoegd zijn tot bevrijdende betaling van de schuld aan de schuldeiser' bedoeld, na openbare verpanding van een vordering is de eigenaar van de vordering weliswaar nog steeds de schuldeiser daarvan, maar de schuldenaar kan niet langer bevrijdend betalen aan de schuldeiser Als gevolg hiervan zou de debiteur van een openbaar verpande vordering zonder het bepaalde in art 6 130 lid 1 en 2 BW onbevoegd zijn om enige schuld aan de pandgever te verrekenen met de verpande vordering³⁰

Evenals bij cessie het geval is, breidt art 6 130 BW de verrekeningsmogelijkheden van de debiteur van een openbaar verpande vordering uit ten opzichte van de situatie die zonder een wettelijke voorziening zou bestaan

10 5 1 3 De gelijkstelling van pandrecht en cessie in art 6 130 BW

275 *Cessie en openbare verpanding hebben dezelfde gevolgen voor de verrekeningsbevoegdheid van de debiteur* Voor de verrekeningsbevoegdheid van de schuldenaar gelden na mededeling aan hem van het pandrecht op de vordering dezelfde vereisten als na cessie daarvan³¹ Is het, bezien vanuit de posities van de betrokkenen, de debiteur, de cedent c q de pandgever

28 Vgl Rb Zutphen 7 juni 2001, JOR 2002/104 m nt NEDF (Artesia/Groothedde)

29 Vgl Faber 2005, nr 266

30 Faber 2005, nr 58, 59 en 266

31 Met dien verstande dat voor het antwoord op de vraag of voldaan is aan het vereiste dat de tegenvordering bestond en reeds opeisbaar was, in geval van cessie het tijdstip van de overdracht bepalend is en bij verpanding het tijdstip van de mededeling van het pandrecht aan de debiteur

en de cessionaris c.q. de pandhouder, logisch dat voor de verrekeningsbevoegdheid van de debiteur jegens zijn (oorspronkelijke) schuldeiser (de cedent dan wel de pandgever) na cessie van een vordering dezelfde vereisten gelden als na openbare verpanding daarvan? Mijns inziens is dat inderdaad het geval.

Zowel in geval van cessie van een vordering als in geval van verpanding van een vordering en mededeling daarvan aan de schuldenaar, kan de schuldenaar niet langer aan zijn (oorspronkelijke) schuldeiser bevrijdend betalen; hij kan dat uitsluitend doen door betaling aan de cessionaris of de pandhouder. Tussen een verplichting tot betaling aan een cessionaris dan wel aan een pandhouder zal hij in het algemeen weinig verschil ervaren, zodat er vanuit de positie van de debiteur gezien geen reden is om verschil in zijn verrekeningsmogelijkheden te maken.

Zowel de cessionaris als de inningsbevoegde pandhouder zullen er over het algemeen belang bij hebben dat zij een zo hoog mogelijk bedrag van de vordering innen, de cessionaris omdat het geïnde tot zijn vermogen behoort en de pandhouder omdat het geïnde hem tot verhaal of tot zekerheid strekt. Ook vanuit de positie van de cessionaris en de pandhouder gezien is er geen reden om verschil te maken in de verrekeningsmogelijkheden die de schuldenaar heeft na cessie of openbare verpanding van een vordering.

Zowel een cedent als, na mededeling van het pandrecht aan de debiteur van een vordering, een pandgever ziet zijn belang bij de vordering afnemen, zodat verrekening van een tegenvordering door hen als minder vanzelfsprekend zal worden ervaren.³² In het algemeen zal de pandgever wel een groter belang bij de vordering houden dan de cedent, omdat de vordering na verpanding tot het vermogen van de schuldeiser blijft behoren en na cessie niet. Dit lijkt onvoldoende reden te zijn om onderscheid te maken tussen de verrekeningsmogelijkheden van de debiteur van een vordering na enerzijds cessie van de vordering en anderzijds na openbare verpanding daarvan.

276. *Het vervolg van dit hoofdstuk.* De constatering dat er geen reden is om voor de verrekeningsbevoegdheid van een debiteur van een vordering jegens de cedent na cessie van die vordering andere vereisten te laten gelden dan jegens de pandgever na openbare verpanding daarvan, zegt op

32 Dit is de enige uit de wetsgeschiedenis blijkende aanleiding om de verrekeningsmogelijkheden van de debiteur van een vordering na cessie of openbare verpanding daarvan gelijk te schakelen; zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 501.

zichzelf nog niets over de wenselijkheid van die vereisten. De wenselijkheid van de beide in art. 6:130 BW opgenomen vereisten wordt onderzocht in paragraaf 10.5.4. Daaraan voorafgaand wordt in paragraaf 10.5.2 onderzocht wat de betekenis van deze vereisten is en wordt in paragraaf 10.5.3 de vraag behandeld of tussen een schuldenaar en een pandgever overeengekomen uitbreidingen respectievelijk beperkingen van hun verrekeningsmogelijkheden kunnen worden tegengeworpen aan de pandhouder.

10.5.2 *De betekenis van de aan verrekening door de debiteur in art. 6:130 BW gestelde vereisten*

10.5.2.1 Het eerste vereiste: het opgekomen en opeisbaar zijn van de tegenvordering

277. *Opgekomen zijn.* De debiteur van een verpande vordering kan de openbaar verpande vordering verrekenen met een tegenvordering op de pandgever als deze tegenvordering aan hem *vóór*, of beter gezegd (zie hierna) *uiterlijk op* het moment van de mededeling van het pandrecht was opgekomen én opeisbaar was. Met de term opgekomen wordt bedoeld dat de debiteur *vóór* de mededeling aan hem van het pandrecht de vordering als bestaande vordering van een derde had verkregen of dat deze uiterlijk op dat tijdstip in zijn vermogen was ontstaan.³³ Anders gezegd: uiterlijk bij de mededeling van het pandrecht dient de debiteur eigenaar van de in verrekening te brengen tegenvordering te zijn.

Of de in verrekening te brengen vordering op het tijdstip van de mededeling van het pandrecht bestaat zal niet steeds eenvoudig zijn vast te stellen wegens het ontbreken van heldere criteria aan de hand waarvan het ontstaansmoment van een vordering kan worden vastgesteld; zie hierover paragraaf 8.6.2. Hier wordt met betrekking tot die kwestie volstaan met een verwijzing naar die paragraaf.

278. *Opeisbaar zijn.* Minder problematisch zal de vaststelling van de opeisbaarheid van de tegenvordering zijn. Een vordering is direct na het ontstaan daarvan opeisbaar, tenzij anders is overeengekomen.³⁴ Is duidelijk dat partijen geen onmiddellijke opeisbaarheid hebben bedoeld, dan

33 Vgl. Faber 2005 nr. 256.

34 Art. 6:38 BW. Zie over het tijdstip van de nakoming van een verbintenis Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 231 e.v.

zal door uitleg van hun overeenkomst moeten worden vastgesteld of de tegenvordering ten tijde van de mededeling van het pandrecht opeisbaar was³⁵

279 *Tijdstip van opgekomen en opeisbaar zijn* De tekst van lid 1 van art 6:130 BW lijkt de eis te stellen dat de in verrekening te brengen tegenvordering moet zijn ontstaan en opeisbaar moet zijn geworden vóórdat de mededeling van de verpanding aan de schuldenaar is geschied. Gelet op de uit de wetsgeschiedenis blijkende bedoeling van dit vereiste, dat de schuldenaar geen vorderingen meer kan verrekenen die zijn ontstaan nádat de vordering is overgegaan casu quo de verpanding aan hem is medegedeeld,³⁶ moet dit vereiste mijns inziens zo worden uitgelegd, dat een vordering in verrekening kan worden gebracht als deze uiterlijk op het tijdstip van die mededeling bestaat en opeisbaar is.³⁷

280 *Het vereiste geldt voor de tegenvordering* Voor alle duidelijkheid zij er nog op gewezen dat het eerste vereiste van art 6:130 lid 1 BW uitsluitend aan de *tegevordering* de eis stelt dat deze uiterlijk op het tijdstip van de mededeling van het pandrecht bestaat en opeisbaar is. De *verpande vordering* hoeft op het moment van verpanding of mededeling van het pandrecht aan de debiteur niet te bestaan en niet opeisbaar te zijn om door de debiteur verrekend te kunnen worden.³⁸

10.5.2.2 Het tweede vereiste: het uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeien van de tegenvordering

281 *Ontstaan na openbare verpanding* In welke gevallen is voldaan aan het tweede vereiste van art 6:130 lid 1 BW, het vereiste dat de door de debiteur in verrekening te brengen tegenvordering voortvloeit uit dezelfde rechtsverhouding als de verpande vordering? Duidelijk is dat de tegenvordering niet reeds hoeft te bestaan op het moment dat het pandrecht aan de debiteur wordt medegedeeld. Minder duidelijk is in welke gevallen de tegenvordering en de verpande vordering voortvloeien uit *dezelfde* rechtsverhouding in de in het artikel bedoelde zin.

35 Zie over het begrip opeisbaarheid in de in art 6:130 lid 1 BW bedoelde zin ook Faber 2005, nr. 256.

36 Parl. Gesch. Boek 6, p. 500.

37 Zo ook Janssen 1992b, p. 514-515.

38 Aldus ook Faber in nr. 2 van zijn noot in JOR onder HR 21 januari 2000, JOR 2000/116, NJ 2000, 237 (Stet/Braaksma).

282. *Dezelfde rechtsverhouding.* Uit de wetsgeschiedenis van art. 6:130 BW kan worden afgeleid dat van dezelfde rechtsverhouding in ieder geval sprake is als de vorderingen beide uit dezelfde wederkerige overeenkomst zijn voortgevloeid. Ook als de vorderingen niet (beide) uit dezelfde (wederkerige) overeenkomst voortvloeien kan het zo zijn dat zij voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding als bedoeld in art. 6:130 BW. Een vordering die (mede) ontstaat doordat de wet zulks bepaalt in verband met de overeenkomst kan een vordering zijn die voortvloeit uit dezelfde rechtsverhouding als bedoeld in art. 6:130 BW.

Een voorbeeld daarvan is de vordering van de koper op de verkoper tot betaling van een schadevergoeding wegens wanprestatie door de verkoper bij de nakoming van een koopovereenkomst. Deze tegenvordering kan de koper verrekenen met de vordering van de verkoper tot betaling van de koopsom, ook na cessie of verpanding door de verkoper van die vordering. Dit verrekeningsrecht heeft de koper ook als de wanprestatie gepleegd is na de cessie of verpanding, zodat de vordering tot schadevergoeding daarna is ontstaan.^{39,40}

283. *Verschillende overeenkomsten, dezelfde rechtsverhouding.* Of twee vorderingen kunnen voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding in de in art. 6:130 lid 1 BW bedoelde zin indien zij niet voortvloeien uit dezelfde overeenkomst én de wet niet bepaalt dat de vordering(en) in verband met dezelfde overeenkomst ontstaat (ontstaan), kan uit de wetsgeschiedenis van dat artikel niet worden afgeleid.⁴¹ Kan bijvoorbeeld sprake zijn van 'dezelfde rechtsverhouding' als de verpande vordering en de tegenvordering zijn voortgevloeid uit twee verschillende wederkerige overeenkomsten? Van dezelfde rechtsverhouding kan geen sprake zijn indien één van de overeenkomsten geen overeenkomst is tussen de debiteur en de pandgever, ook niet als een uit een dergelijke overeenkomst voortgekomen vordering door bijvoorbeeld subrogatie wel een vordering tussen de debiteur

39 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 500, De Klerk-Leenen en Klomp 1998 (Verbintenissenrecht), art. 6:130 BW, aant. 12 en Faber 2005, nr. 253

40 Een minder geslaagd voorbeeld wordt genoemd in De Klerk-Leenen en Klomp 1998 (Verbintenissenrecht), art. 6:130 BW, aant. 12 en Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 54. Deze auteurs stellen t.a.p. dat een koper zijn eventuele vordering tot betaling van schadevergoeding na ontbinding van een koopovereenkomst ex art. 6:277 BW kan verrekenen met de door hem te betalen koopsom. Dit voorbeeld miskent dat de koper door ontbinding van de koopovereenkomst van zijn verplichting tot betaling van de koopsom wordt bevrijd (art. 6:271 BW); zo ook Faber 2005, nr. 253.

41 Aldus ook A-G Bakels in nr. 2.13 van zijn conclusie vóór het arrest Stet/Braaksma.

en de pandgever geworden is. De vordering vloeit in zo een geval voort uit een rechtsverhouding tussen de pandgever en de debiteur.⁴²

Wat uit de wetsgeschiedenis wel kan worden afgeleid is de ratio van het vereiste 'voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding'. Een debiteur van een vordering zal verwachten dat hij zijn schuld mag verrekenen met een toekomstige tegenvordering die verband houdt met zijn schuld.⁴³ Met het vereiste is bedoeld deze op connexiteit gebaseerde en daardoor gerechtvaardigde verwachting te honoreren, ook na cessie of verpanding van de vordering op de debiteur.⁴⁴

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat van dezelfde rechtsverhouding in de in art. 6:130 lid 1 BW bedoelde zin sprake kan zijn indien de vordering die onder bijzondere titel is overgegaan en de tegenvordering voortvloeien uit twee verschillende wederkerige overeenkomsten tussen de (oorspronkelijke) schuldeiser en de debiteur van de vordering, mits tussen de vorderingen voldoende samenhang bestaat. Of tussen de beide vorderingen voldoende samenhang bestaat moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.^{45,46}

Dát er voldoende samenhang is, lijkt niet te snel te mogen worden aangenomen;⁴⁷ onvoldoende is enige samenhang tussen de beide vorderingen.⁴⁸ Een meer zekerheid biedend criterium dan 'voldoende samenhang' is er naar geldend recht niet. De rechter (in feitelijke instantie) zal

42 Zo begrijp ik ook Faber in zijn noot in JOR onder HR 14 november 2003, JOR 2004/58, NJ 2004, 115 (ING/Bakker). Opgemerkt zij dat de Hoge Raad in dit arrest niet heeft geoordeeld dat geen sprake kan zijn van dezelfde rechtsverhouding als één van de overeenkomsten geen overeenkomst is tussen de debiteur en de pandgever. De Hoge Raad overwoog (zie ro 332) dienaangaande slechts dat gemotiveerd was betwist dat geen sprake was van dezelfde rechtsverhouding en dat daartegenover door de wederpartij geen omstandigheden waren gesteld waaruit volgt dat wel sprake was van dezelfde rechtsverhouding.

43 Parl. Gesch. Boek 6, p. 500-501. Vgl. ook De Grooth 1948, nr. 223-225, die reeds voor het oude recht de verrekening van een tegenvordering uit een wederkerige overeenkomst met een overgedragen of verpande vordering uit die overeenkomst verdedigde, geleid op (zie p. 409) "De functionele afhankelijkheid van de wederzijdsche praestaties uit een wederkerige overeenkomst ()".

44 Aldus ook Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 542, Faber 2005, nr. 231-239 en 251 en Faber in nr. 29 van zijn noot onder Hof 's-Gravenhage 6 februari 2007, JOR 2007/103 (Citibank/KPN).

45 Zie voornoemd arrest Stet/Braaksma. Vgl. over dit arrest ook Faber 2005, nr. 253.

46 Anders Van Gaalen 1996, p. 44, die zonder motivering stelt dat vorderingen uitsluitend voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding in de in art. 6:130 lid 1 BW bedoelde zin indien zij voortvloeien uit dezelfde wederkerige overeenkomst.

47 Zie Rank 1996, p. 231, Van Gaalen 1996, p. 43-44, Mijnsen 2003, p. 134 en Asser/Mijnsen/Van Velten/Van Mierlo 3-III 2003, nr. 142.

48 Vgl. Rank 1996, p. 231.

zich in voorkomend geval een beeld moeten vormen van de mate van samenhang tussen de bronnen waaruit de verpande dan wel gecedeerde vordering en de tegenvordering zijn voortgevloeid.

284. *De connexiteit rechtvaardigt de verwachting van de debiteur.* Gelet op de wetsgeschiedenis is de verwachting van de debiteur dat hij zijn schuld mag verrekenen met een tegenvordering gerechtvaardigd als zij beide voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding. De connexiteit tussen de beide vorderingen rechtvaardigt de verwachting dat de debiteur zich op verrekening mag beroepen, ook na cessie of verpanding van de vordering op hem.

10.5.3 *Overeengekomen afwijkingen van de wettelijke verrekeningsregels*

285. *Deze paragraaf.* Aan het begin van dit hoofdstuk werd geconstateerd dat de debiteur en de crediteur van een vordering afwijkingen van de wettelijke verrekeningsbepalingen in afdeling 6.1.12 BW kunnen overeenkomen, mits zij daarbij blijven binnen de grenzen van buiten deze afdeling te vinden dwingende wetbepalingen. Partijen kunnen zowel beperkingen als uitbreidingen van hun verrekeningsmogelijkheden overeenkomen. In deze paragraaf wordt onderzocht of dergelijke afwijkingen aan de openbaar pandhouder kunnen worden tegengeworpen.

10.5.3.1 *Vóór openbare verpanding overeengekomen afwijkingen*

286. *Stille verpanding.* Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat een overeengekomen verruiming van de verrekeningsbevoegdheid van de debiteur door een beslag op de vordering niet wordt geraakt.⁴⁹ Men gaat er in de literatuur algemeen vanuit dat vóór de cessie of openbare verpanding gemaakte bedingen waardoor de wettelijke verrekeningsmogelijkheden van de schuldenaar zijn uitgebreid of beperkt, na cessie of openbare verpanding van of beslag op een vordering hun werking behouden.⁵⁰ Deze regel is door de Hoge Raad bevestigd.⁵¹ Er is ook geen aanleiding om aan

49 Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 164.

50 Aldus Dirix en Kortmann 1989, nr 9, 12 en 18, Rank 1996, p. 233-234, Van Gaalen 1996, p. 55-56, Mijnsen 2003, p. 135, Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 531 en 543 en Faber 2005, nr. 290.

51 Vgl. HR 20 januari 1984, NJ 1984, 512 m nt G (Ontvanger/Barendregt), HR 10 maart 1995, NJ 1996, 299 m.nt. HJS (Holtrop/Stevens) en HR 29 januari 1999, NJ 1999, 595 (DBV/Sedgwick).

de openbare verpanding of de cessie van een vordering gevolgen voor eerder gemaakte verrekeningsbedingen te verbinden. Aangenomen moet worden dat de overeengekomen verrekeningsmogelijkheden van de debiteur door mededeling aan hem van de verpanding van de vordering niet wijzigen, ongeacht of zijn verrekeningsmogelijkheden ten opzichte van het in art. 6:130 BW bepaalde zijn beperkt of zijn verruimd.

Het zou onlogisch en onredelijk zijn als een debiteur van een vordering die heeft ingestemd met een beperking van zijn verrekeningsbevoegdheid die verrekeningsbevoegdheid verruimd zou zien worden doordat zijn schuldeiser de vordering vervreemdt of verpandt.

Dat ook een overeengekomen verruiming van de verrekeningsmogelijkheden van de debiteur na cessie of openbare verpanding van een vordering blijft bestaan, bevreemdt op het eerste gezicht. De cessionaris of pandhouder kan immers geconfronteerd worden met ruimere verrekeningsmogelijkheden van de debiteur van de vordering dan waarop hij bedacht was. De verklaring hiervoor is dat verrekeningsbedingen deel uitmaken van de vordering, de inhoud daarvan bepalen, en dat het partijen binnen de grenzen van dwingende wetsbepalingen vrijstaat de inhoud van de vordering uit een door hen gesloten overeenkomst te bepalen.⁵²

287. *Wenselijk recht?* Dat de voordien gemaakte verrekeningsbedingen door (de mededeling van) de verpanding niet worden geraakt, is in overeenstemming met het beginsel dat de inhoud van een vordering door de verpanding daarvan geen wijziging ondergaat.⁵³ Het is eveneens in overeenstemming met het uitgangspunt dat de juridische positie van de debiteur door verpanding van de vordering op hem of de mededeling daarvan aan hem niet noemenswaardig mag verslechteren.⁵⁴ Een reden om ten aanzien van verrekeningsbedingen ten faveure van de pandhouder van dit beginsel af te wijken, is er mijns inziens niet.

10.5.3.2 Ná openbare verpanding overeengekomen afwijkingen

288. *De blokkerende werking van een beslag.* Is op een vordering beslag gelegd, dan blokkeert art. 475h lid 1 Rv het aan de beslaglegger tegen-

52 Zie hiervoor par. 6.4.4. Aldus ook HR 20 januari 1984, NJ 1984, 512 m.nt. G (Ontvanger/Barendregt), Dirix en Kortmann 1989, nr. 12 en 18, Rank 1996, p. 233-234, Van Gaalen 1996, p. 56, Mijnsen 2003, p. 135 en Faber 2005, nr. 289-291.

53 Zie par. 2.3 en 6.4.3 hiervoor.

54 Zie hiervoor par. 2.3.

werpen van een aantal handelingen. Daardoor wordt voorkomen dat de verhaalsmogelijkheden van de beslaglegger illusoir worden gemaakt, bijvoorbeeld doordat een vervreemding, bezwaring of afstand van de vordering die dateert van na het beslag aan de beslaglegger zou kunnen worden tegengeworpen. Hoewel in art. 475h lid 1 Rv een na het beslag overeengekomen verrekeningsbevoegdheid niet is genoemd, moet worden aangenomen dat deze bepaling ook aan het aan de beslaglegger tegenwerpen daarvan in de weg staat. Dit is in overeenstemming met het fixerende karakter van een beslag.⁵⁵

289. *Werkt ook mededeling van het pandrecht fixerend?* De pandgever en de debiteur van een vordering blijven ook na de verpanding daarvan én na mededeling van het pandrecht aan de debiteur bevoegd van de in afdeling 6.1.12 BW opgenomen regeling afwijkende verrekeningsmogelijkheden overeen te komen. Zij behouden die bevoegdheid omdat hun positie als partij bij de overeenkomst waaruit de vordering voortvloeit noch door de verpanding, noch door de mededeling daarvan enige wijziging ondergaat en doordat zij ondanks de (openbare) verpanding de rechthebbende respectievelijk de debiteur van de vordering blijven.

Kunnen zij een na de openbare verpanding gemaakte verrekeningsafpraak tegenwerpen aan de pandhouder? Mijns inziens is dat niet het geval, maar moet worden aangenomen dat de mededeling van het pandrecht, evenals een beslag op een vordering, in dit geval fixerend werkt. Er is geen goede grond om in dit opzicht te onderscheiden tussen een op een vordering gelegd beslag of een daarop gevestigd beperkt recht.⁵⁶ De mededeling van het pandrecht heeft tot op zekere hoogte 'blokkerende werking' ten aanzien van de rechten die de pandgever en de debiteur hebben met betrekking tot de vordering.

290. *Wenselijk recht?* Is deze blokkerende werking van een (openbaar) pandrecht wenselijk? Met Faber meen ik dat als uitgangspunt geldt dat (de gevolgen van) beslag en pandrecht zoveel mogelijk gelijk behandeld moeten worden.⁵⁷ Als uitgangspunt heeft echter ook te gelden dat de juridische positie van de debiteur van een vordering in beginsel noch door

55 Zo ook Broekveldt 2003 en Faber 2005, nr 290. Vgl. ook Parl. Gesch. Wijziging Rv e a w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 164.

56 Vgl. ook Faber 2005, nr 290. Onduidelijk is of Faber dit standpunt zowel voor een openbaar als voor een stil pandrecht verdedigt.

57 Zie Faber 2005, nr 290 en het vierde van de in hoofdstuk 2 geformuleerde uitgangspunten.

het verpanden daarvan, noch door het inningsbevoegd worden van de pandhouder noemenswaardig mag verslechteren.⁵⁸

Ik meen dat het belang van de pandhouder moet prevaleren. Zou de debiteur de door hem na openbare verpanding van een vordering overeengekomen verrekeningsmogelijkheden aan de pandhouder kunnen tegenwerpen, dan zouden de debiteur en de pandgever op eenvoudige wijze de positie van de pandhouder kunnen ondergraven. Dat zou te zeer in strijd met het zekerheidskarakter van het pandrecht zijn.

10.5.4 *Evaluatie van het stelsel van art. 6:130 BW*

291. *Plan van behandeling.* Onderwerp van deze paragraaf is de vraag of het in art. 6:130 BW voor de verrekeningsbevoegdheid van de pandgever neergelegde stelsel het wenselijke recht weergeeft. Met betrekking tot een aantal aspecten van dit stelsel is die vraag in het voorafgaande reeds onder ogen gezien. In deze paragraaf wordt daarom nog uitsluitend aandacht besteed aan de volgende vragen.

1. Doet het huidige stelsel recht aan de functies van verrekening?
2. Is de aan het stelsel ten grondslag liggende ratio de juiste en doet het stelsel hieraan voldoende recht?

Bezien zal worden of voldoende recht wordt gedaan aan de belangen van de betrokkenen, de pandgever, de pandhouder en de debiteur. Het in abstracto maken van zo een afweging is moeilijk, maar bij het ontwerpen of evalueren van een regeling als de onderhavige onontkoombaar.⁵⁹

10.5.4.1 *De functies van verrekening*

292. *Doet art. 6:130 BW recht aan de functies van verrekening?* Verrekening heeft twee functies: vereenvoudiging van het betalingsverkeer en zekerheid voor de schuldeiser die op zijn beurt een schuld aan zijn schuldenaar heeft.⁶⁰ Aan de zekerheidsfunctie van verrekening wordt te onzent veel belang gehecht. Het wordt niet billijk geacht dat een schuld-

58 Zie het tweede van de in hoofdstuk 2 geformuleerde uitgangspunten.

59 In dezelfde zin Wiarda 1937, p. 278, over de afweging van de belangen van een debiteur en een cessionaris met betrekking tot de verrekeningsmogelijkheden van een debiteur na cessie van een vordering.

60 Zie hiervoor par. 10.1

eiser die tevens een schuld aan zijn schuldenaar heeft zijn schuld moet voldoen en zijn vordering niet of slechts gedeeltelijk betaald krijgt.⁶¹

Art. 6:130 BW verschaft de debiteur verrekeningsmogelijkheden die hij zonder deze voorziening na openbare verpanding van de vordering niet zou hebben. Ten opzichte van de situatie vóór de mededeling van het pandrecht is echter sprake van een beperking van de mogelijkheden van de debiteur om zijn schuld door verrekening met een tegenvordering te voldoen. De debiteur kan zich ten aanzien van zo een vordering uitsluitend op verrekening beroepen als zijn tegenvordering uiterlijk op het moment van de mededeling van het pandrecht reeds in zijn vermogen bestond en opeisbaar was of voortvloeit uit dezelfde rechtsverhouding als de verpande vordering. Deze beperking van de verrekeningsmogelijkheden van de debiteur van de vordering doet afbreuk aan de zekerheidsfunctie en is in strijd met het uitgangspunt dat de juridische positie van de debiteur noch door de verpanding van de vordering op hem, noch door het inningsbevoegd worden van de pandhouder noemenswaardig mag verslechteren.⁶²

Gelet op het belang dat de pandhouder er bij heeft om niet te worden geconfronteerd met verrekeningsmogelijkheden waarop hij niet bedacht was en waar hij mogelijk ook niet op bedacht kon zijn, hetgeen het geval zou zijn als tegenvorderingen uit na de mededeling van de verpanding ontstane rechtsverhoudingen voor verrekening vatbaar zouden zijn, is deze beperking van de zekerheid van de debiteur naar mijn mening toch redelijk. In de meeste gevallen zal de debiteur de verrekeningsmogelijkheden behouden waar hij tot de mededeling aan hem van het pandrecht op rekende. De debiteur die ruimere verrekeningsmogelijkheden wenst, kan die met zijn schuldeiser overeenkomen of zelfs met zijn schuldeiser overeenkomen dat de vordering op hem niet kan worden verpand. Op deze bedingen kan de debiteur zich, voor zover zij vóór de mededeling van het pandrecht gemaakt zijn, ook tegenover de pandhouder beroepen.⁶³

De beperking van de vereenvoudiging van het betalingsverkeer die het gevolg is van de beperking van de verrekeningsbevoegdheid van de debiteur is mijns inziens ondergeschikt aan een regeling die voldoende recht doet aan voornoemde belangen van de debiteur en de pandhouder.

61 Zie de wetsgeschiedenis van art. 53 Fw. Van der Feltz I, p. 461-462, alsmede Dirix en Kortmann 1989, nr. 4 en 6.

62 Zie par. 2.3 hiervóór

63 Zie hiervóór par. 6.4.4, 10.5.3.1 en 10.5.3.2.

Deze beperking van de vereenvoudiging van het betalingsverkeer is geen onoverkomelijk bezwaar.

10.5.4.2 De ratio van art. 6:130 BW

293. *Gerechtvaardigde bescherming van de pandhouder?* De ratio van art. 6:130 BW is dat de debiteur die het vooruitzicht heeft dat hij voldoening van zijn vordering kan afdwingen door zich op verrekening te beroepen en die daarom wellicht geen andere zekerheid voor zijn vordering heeft bedongen of met het opeisen daarvan geen haast maakt, dat vooruitzicht niet verliest door de overgang van de vordering onder bijzondere titel.⁶⁴ Zonder wettelijke regeling zou de debiteur die over verrekening niets met zijn crediteur overeenkomt, zijn verrekeningsmogelijkheden geheel verliezen door bijvoorbeeld cessie of openbare verpanding van de vordering. Dat is niet wenselijk.

De ratio van art. 6:130 BW is gedeeltelijk *behoud* van de verrekeningsmogelijkheden van de debiteur. Door de debiteur niet helemaal dezelfde verrekeningsmogelijkheden te bieden als hij zonder openbare verpanding van de vordering op hem zou hebben gehad, wordt de pandhouder beschermd tegen verrekeningsmogelijkheden waarop hij niet bedacht was en zelfs niet kon zijn.⁶⁵ Die bescherming is gerechtvaardigd. Op de in de vorige paragraaf gegeven gronden komt de wijze waarop aan die bescherming in de wet invulling is gegeven mij redelijk voor, zowel voor de debiteur als voor de pandhouder.

10.6 Conclusie

294. *Een evenwichtige regeling.* De conclusie van dit hoofdstuk is dat de in art. 6:130 BW neergelegde regeling vanuit systematisch oogpunt voldoet. De regeling doet bovendien op evenwichtige wijze recht aan de belangen van de betrokkenen, de pandgever, de debiteur en de (inningsbevoegde) pandhouder. Voor wijziging van de in art. 6:130 BW opgenomen bepalingen inzake de mogelijkheden om een vordering na de verpanding daarvan te verrekenen, zie ik geen aanleiding.

64 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 500 en par. 10.5.2.2 hiervóór.

65 Zie de vorige paragraaf.

VERVANGING VAN HET PANDRECHT

11.1 Het begrip 'zaaksvervanging'

295. *Inleidende opmerkingen.* Het recht dat een pandhouder op de aan hem verpande vordering kan laten gelden volgt in juridische en in feitelijke zin het lot van die vordering. Gaat de vordering teniet, bijvoorbeeld doordat de overeenkomst waaruit zij voortkomt wordt ontbonden of doordat de vordering wordt voldaan, dan eindigt tevens het pandrecht op de vordering. Wordt de waarde van de vordering feitelijk nihil door insolventie van de debiteur van de vordering, dan blijft het pandrecht juridisch onaangetast, maar is de waarde ervan nihil.

In bepaalde situaties krijgt de schuldeiser-pandgever die met het tenietgaan of in waarde verminderen van zijn vordering wordt geconfronteerd daar een ander goed, veelal een vordering, soms chartaal geld, voor terug. De schuldeiser die zijn vordering door girale betaling voldaan ziet worden, verkrijgt een vordering op zijn bank. De schuldeiser die zijn vordering waardeloos ziet worden door insolventie van zijn debiteur en zich tegen die waardevermindering verzekerd heeft, verkrijgt een vordering op een verzekeraar.

Is ten behoeve van de pandhouder niet (bij voorbaat) een pandrecht gevestigd op het vervangende goed, dan bestaat de mogelijkheid dat de pandhouder toch, van rechtswege, een pandrecht op het vervangende goed heeft. De wet bepaalt dat een pand- of hypotheekhouder in een aantal gevallen een pandrecht krijgt op het chartale geld dat of de vordering die het goed vervangt waarop het oorspronkelijke pand- of hypotheekrecht rustte. Vanwege ons gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten¹ ontstaat een pandrecht op het vervangende goed (een vordering of chartaal geld) uitsluitend (afgezien van de vestiging van een pandrecht op dat goed) indien en doordat de wet (in art. 3:229 en 3:246 lid 5 BW) in zo een vervanging van het pandrecht voorziet en niet doordat zulks is bedongen.²

1 Zie ook hierna par. 11.2 en 11.3.

296. *Terminologie.* Het verschijnsel dat een recht van pand of hypotheek van rechtswege vervangen wordt door een pandrecht op een goed (veelal een geldvordering) dat voor het object van het pand- of hypotheekrecht in de plaats treedt, wordt veelal zaaksvervanging genoemd. De term 'zaaksvervanging' is om een aantal redenen echter niet geheel zuiver. Ten eerste kan het verschijnsel zich niet alleen bij zaken, maar ook bij andere goederen zoals vorderingen voordoen en is het vervangende goed vrijwel nooit een zaak maar vrijwel steeds een vorderingsrecht.³ Ten tweede is niet steeds sprake van volledige vervanging: gaat het oorspronkelijke object van het pand- of hypotheekrecht niet teniet maar vermindert dit in waarde, dan zal het pand- of hypotheekrecht op het oorspronkelijke object blijven bestaan naast het pandrecht op de vordering ter vergoeding van de waardevermindering.⁴

Sagaert hanteert in zijn Vlaamse dissertatie over zaaksvervanging, waarin hij ook het Nederlandse recht behandelt, de term 'zakelijke subrogatie', om de reden dat deze term duidelijk tot uitdrukking brengt dat een rechtsverhouding wordt gecontinueerd ondanks de (gedeeltelijke) vervanging van een essentieel bestanddeel (het pandrecht) van die rechtsverhouding.⁵ Voor Nederlands recht zou de term 'goederenrechtelijke subrogatie' het juiste equivalent zijn. Vanwege het tongbrekende karakter van deze aanduiding sluit ik mij aan bij de in het Asser-deel *Zekerheidsrechten* gehanteerde term 'substitutie'.⁶ De betekenis van 'substitutie' is op zichzelf weliswaar zo ruim dat deze term geen in alle opzichten onderscheidende beschrijving van het hier bedoelde verschijnsel is, maar de context waarin de term wordt gehanteerd zal wel voorkomen dat twijfel ontstaat over de vraag of er inderdaad goederenrechtelijke subrogatie mee bedoeld wordt.

2 Vgl. HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder q.q./CLBN) en Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr. 756.

3 Bij zaaksvervanging ingevolge art. 3:229 BW is het vervangende goed steeds een vorderingsrecht; zie Asser/Mijnssen/Van Velten/Van Mierlo 3-III 2003, nr. 25. Ook bij zaaksvervanging ingevolge art. 3:246 lid 5 BW kan het vervangende goed een vorderingsrecht zijn. Dat is het geval als de verpande vordering giraal wordt betaald of een vordering tot levering van een vordering wordt geïnd. Wordt de vordering chartaal betaald of wordt een vordering tot levering van een zaak geïnd, dan is het vervangende goed een roerende zaak. Zie over de inning door de pandhouder van vorderingen tot levering van een goed par. 6 3.1 hiervóór.

4 Vgl. Janssen 1992a, p. 170.

5 Sagaert 2003, nr. 7.

6 Asser/Mijnssen/Van Velten/Van Mierlo 3-III 2003, nr. 25. Ook Steneker 2004a en Steneker 2005 hanteren deze term.

11.2 Waarom substitutie?

297. *Bescherming tegen ongerechtvaardigde vermogensverschuiving.* Substitutie is een beschermingsmechanisme. De waarde van het recht van de pandhouder wordt, in geval van het tenietgaan of in waarde verminderen van het object van zijn pandrecht, min of meer gehandhaafd doordat ten behoeve van hem een pandrecht komt te rusten op een ander goed van de pandgever, een goed dat het oorspronkelijk verpande goed (gedeeltelijk) vervangt.⁷ Deze substitutie vervult een beschermingsfunctie die vergelijkbaar is met die van het droit de suite, de (hoofd)regel dat een goederenrechtelijk recht op een goed blijft rusten, ook als dit in andere handen komt.⁸

Evenals het droit de suite beschermt substitutie tegen ongerechtvaardigde vermogensverschuiving. Aanvaardt het recht dat aan een specifieke crediteur door de vestiging van een zekerheidsrecht voorrang kan worden verleend, dan ligt het in de rede dat het recht de positie van de zekerheidsgerechtigde ook beschermt. Substitutie biedt deze bescherming door handhaving van de bestaande (rang)orde; substitutie werkt conserverend.⁹

Zonder substitutie zou het tenietgaan van een object waarop een zekerheidsrecht rust terwijl de rechthebbende daar een ander object voor in de plaats krijgt, er in geval van insolventie van de rechthebbende toe leiden dat een ongerechtvaardigde verschuiving van vermogen van de zekerheidsgerechtigde naar de concurrente crediteuren plaatsvindt. Substitutie voorkomt deze ongerechtvaardigde bevoordeling van de concurrente crediteuren ten koste van de zekerheidsgerechtigde crediteur.¹⁰

298. *Wettelijke grondslag vereist.* Het beginsel dat ongerechtvaardigde vermogensverschuiving voorkomen dan wel gecorrigeerd moet worden, geldt in vele rechtstelsels, in ieder geval in de Europese. Omdat het op dit beginsel gebaseerd is, lijkt substitutie zich te ontwikkelen tot een ruime toepassing, die niet beperkt blijft tot aan zekerheidsrechten onderworpen goederen.¹¹ Substitutie kan zich bijvoorbeeld ook voordoen bij goederen

7 Vgl. Sagaert 2003, nr. 5-6 en 9-10.

8 Zo ook Sagaert 2003, nr. 10.

9 Sagaert 2003, nr. 132 en 521.

10 Zo ook Sagaert 2003, nr. 58-64.

11 Vgl. Kleijn in nr. 1 van zijn noot onder HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 (MeesPier-son/Bos) en Sagaert 2003, nr. 110 en 116-117.

waarop een recht van vruchtgebruik rust.¹² Aan de beschermingsfunctie van substitutie draagt in belangrijke mate bij dat deze figuur, anders dan de verbintenisrechtelijke actie uit ongerechtvaardigde verrijking, preventief, van rechtswege werkt.¹³ Voor het Nederlandse recht met zijn gesloten systeem van goederenrechtelijke rechten¹⁴ is niet aannemelijk, en ook niet wenselijk, dat substitutie ook zonder wettelijke grondslag mogelijk is of zou moeten worden.¹⁵ Naar geldend recht blijft substitutie van verpande vorderingen beperkt tot de in art. 3:229 lid 1 BW bedoelde vorderingen tot vergoeding of waardevermindering en de in art. 3:246 lid 5 BW bedoelde substitutie na inning van verpande vorderingen.

299. *Conserverende werking.* Aan de beschermingsfunctie van substitutie draagt ook bij dat het vervangende zekerheidsrecht zoveel mogelijk de eigenschappen heeft van het zekerheidsrecht dat het geheel of gedeeltelijk vervangt. Zo wordt bijvoorbeeld het vervangende zekerheidsrecht geacht te zijn ontstaan op het moment waarop het oorspronkelijke zekerheidsrecht ontstond.¹⁶ Daarnaast geldt dat pandrechten die (bij voorbaat) op een vordering tot vergoeding van de waarde van het oorspronkelijke object zijn gevestigd vóór het ontstaan van het vervangende zekerheidsrecht, door de wet worden achtergesteld bij het door substitutie op die vordering verkregen pandrecht.¹⁷ Met verpanding (bij voorbaat) van de vervangende vordering kan om deze redenen, maar te onzent ook vanwege de beperkte mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen,¹⁸ niet steeds dezelfde bescherming bereikt worden als met substitutie.

12 Vgl. art. 3:213 BW en HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 m.nt. WMK (MeesPier-son/Bos).

13 Vgl. Sagaert 2003, nr. 63-64.

14 Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 310, Parl. Gesch. Boek 5, p. 2-3 en 12-15, Asser/Mijnsen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr. 39, Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 78 en 455 en Struycken 2007, in het bijzonder p. 11-73 en 92-119. Dat het goederenrecht een gesloten systeem is, blijkt ook uit art. 3:81 BW: in lid 1 van dat artikel is bepaald dat uitsluitend de in de wet genoemde beperkte rechten kunnen worden gevestigd; aldus ook Struycken 2007, p. 12. Met Struycken 2007, p. 63 en 73, meen ik dat de geslotenheid van het goederenrecht door de Hoge Raad is bevestigd in zijn arrest van 19 mei 1995, NJ 1996, 119 m.nt. WMK (Keereweert q.q./Sogelease). Aan het feit dat de Hoge Raad in het Sogelease-arrest verwijst naar het gesloten stelsel van het zakenrecht en niet naar het gesloten stelsel van het goederenrecht lijkt geen bijzondere betekenis gehecht te mogen worden, in dezelfde zin Struycken 2007, p. 63.

15 Zo ook HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m nt. WMK (Mulder q.q./CLBN) en Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr. 756.

16 Vgl. Sagaert 2003, nr. 707 en 737.

17 Art. 3:229 lid 2 BW. Zie ook Sagaert 2003, nr. 728.

18 Vgl. hiervóór par. 8.3.

11.3 Algemeen geldende vereisten voor substitutie

300. *Plan van behandeling.* In deze paragraaf wordt onderzocht aan welke vereisten steeds voldaan moet zijn alvorens substitutie van een verpande vordering plaatsvindt. Dit zijn de vereisten waaraan steeds, ongeacht de grondslag voor substitutie van de verpande vordering, voldaan moet zijn. In paragraaf 11.4, respectievelijk 11.5 wordt aandacht besteed aan de vereisten die specifiek gelden voor substitutie die het gevolg is van het tenietgaan of in waarde verminderen van de oorspronkelijke vordering zonder dat deze is geïnd, respectievelijk voor substitutie die het gevolg is van inning van de oorspronkelijke vordering.

301. *Geen positieverbetering van de pandhouder.* Zoals gezegd wordt met substitutie beoogd de bestaande (rang)orde te handhaven. Daarbij past niet dat de pandhouder zijn positie ziet verbeteren doordat hij een pandrecht op een vervangende vordering verkrijgt. Wordt een ander dan de pandgever rechthebbende van de vordering dan blijft het pandrecht op de vordering rusten en vindt geen substitutie plaats. Zou in een dergelijk geval wel substitutie plaatsvinden, bijvoorbeeld doordat de pandhouder tevens een pandrecht op de vordering van de pandgever tot betaling van de koopsom van de vordering krijgt, dan zou zijn onderpand worden vermeerderd.¹⁹

Naast het ontbreken van een wettelijke grondslag is dit een reden om (gedeeltelijke) substitutie door een pandrecht op de vordering tot betaling van de koopsom van verpande goederen af te wijzen.²⁰ Dat de koper van die goederen zich wellicht op derdenbescherming kan beroepen zodat de pandhouder zijn pandrecht op de goederen niet meer tegen de koper kan laten gelden,²¹ doet daaraan niet af. Het is niet logisch substitutie afhankelijk te laten zijn van een op een later moment gedaan beroep op derdenbescherming.

302. *Wettelijke grondslag vereist.* Zoals gezegd kent ons recht een gesloten systeem van goederenrechtelijke rechten en, zo bepaalt art. 3:80 BW, een

19 Zo ook Sagaert 2003, nr. 13 en 82.

20 Zo begrijp ik ook Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr. 756. Vgl. ook HR 23 april 1999, JOR 1999/109 m.nt. H.L.E. Verhagen, NJ 2000, 158 m.nt. WMK (Wollie), in welk arrest de Hoge Raad voor de vraag of substitutie plaatsvond overigens volstond en ook kon volstaan met de overweging dat bij verkoop van verpande roerende zaken niet van rechtswege een pandrecht op de koopsom komt te rusten.

21 Art. 3:86 en 3:88 BW.

gesloten systeem van de wijzen van verkrijging van goederen. Door substitutie ontstaat een pandrecht op een vordering zonder dat aan de wettelijke vereisten voor de vestiging van een pandrecht is voldaan. Het desondanks ontstaan van een pandrecht is naar geldend recht alleen mogelijk als daar een wettelijke grondslag voor is.²²

303. *Traceerbaarheid van het vervangende goed.* Substitutie vindt slechts plaats indien en duurt slechts voort zolang de vervangende vordering casu quo het vervangende chartale geld in het vermogen van de pandgever kan worden aangewezen. Voor dit vereiste zijn twee redenen. De eerste reden is dat een pandrecht slechts bestaanbaar is als het object van het pandrecht kan worden geïndividualiseerd. De tweede reden is dat gelet op het doel van substitutie, handhaving van de bestaande (rang)orde, substitutie uitsluitend kan worden aanvaard indien en zolang het vervangende goed nog in het vermogen van de pandgever aanwezig is. Is dat niet (langer) het geval, of bestaat daarover niet langer zekerheid, dan zou substitutie er toe kunnen leiden dat, vergeleken met de situatie vóór substitutie, de positie van de andere crediteuren verslechtert. Substitutie zou daardoor tot gevolg hebben wat zij juist beoogt te voorkomen: ongerechtvaardigde vermogensverschuiving.²³

Opmerking verdient nog, dat een faillissement van de pandgever aan substitutie niet in de weg staat. Het fixatiebeginsel verzet zich niet tegen handhaving van de bestaande rangorde door substitutie. Beschikingsbevoegdheid van de pandgever is voor substitutie geen vereiste nu de substitutie van rechtswege plaatsvindt en niet het gevolg is van een rechtshandeling van de pandgever.²⁴

304. *Geldend en wenselijk recht?* De drie voornoemde vereisten zijn als geldend recht te beschouwen. Voor wijziging van deze vereisten is mijns inziens geen grond. Voor (een nadere) codificatie daarvan is evenmin aanleiding.

22 Vgl. HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder q.q./CLBN), HR 23 april 1999, JOR 1999/109 m.nt. H.L.E. Verhagen, NJ 2000, 158 m.nt. WMK (Wollie), Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr. 756 en Janssen 2005, p. 142-143.

23 Vgl. Sagaert 2003, nr. 574 en Keijser 2006, p. 255-256.

24 Zo ook Janssen 1992a, p. 172.

11.4. Substitutie als gevolg van het tenietgaan of in waarde verminderen van een vordering buiten het geval van inning

305. *Art. 3:229 BW.* Gaat, buiten het in paragraaf 11.5 te behandelen geval van inning daarvan, een verpande vordering teniet of vermindert deze in waarde en verkrijgt de pandgever vanwege dit tenietgaan of deze waardevermindering een vordering dan is het naar mijn mening wenselijk dat, indien aan de hiervóór in paragraaf 11.3 vermelde vereisten is voldaan, substitutie plaatsvindt. De oorzaak van het tenietgaan of de waardevermindering zou daarbij geen rol moeten spelen. De grondslag van de vervangende vordering zou irrelevant moeten zijn. De vervangende vordering zou een vordering tot vervangende schadevergoeding als bedoeld in art. 6:87 BW kunnen zijn, maar bijvoorbeeld ook een vordering op een kredietverzekeraar die de pandgever verkrijgt indien de debiteur van de oorspronkelijke vordering insolvent wordt.²⁵

Art. 3:229 lid 1 BW voorziet in substitutie in de hier bedoelde gevallen. Het artikel geeft de vereiste wettelijke grondslag en bevat geen ongewenste beperkingen voor wat betreft de oorzaak van het tenietgaan of de waardevermindering dan wel voor de grondslag van de vervangende vordering.²⁶ De wetgever heeft een ruime toepassing van dit artikel beoogd, zo blijkt uit de (motivering in de wetsgeschiedenis van) de ten opzichte van het oorspronkelijke ontwerp aangebrachte wijziging waardoor in de huidige redactie van het artikel expliciet is bepaald dat niet alleen vorderingen terzake van tenietgaan, maar ook vorderingen terzake van waardevermindering object van een substitutiepandrecht kunnen zijn.²⁷

Mijn conclusie luidt dat de specifieke vereisten die gelden voor substitutie in geval van het in waarde verminderen of tenietgaan van een vordering buiten het geval van inning in overeenstemming zijn met het wenselijke recht.

306. *Een voorbeeld van te enge interpretatie.* Een naar mijn mening te enge interpretatie van art. 3:229 lid 1 BW is te vinden in een arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.²⁸ De feiten waren voor zover hier van belang als volgt. Een pandgever had recht op een vergoeding van een fac-

25 Zo ook Sagaert 2003, nr. 549.

26 Zie Sagaert 2003, nr. 562.

27 Parl. Gesch. Boek 3, p. 735.

28 Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2000, NJ 2000, 611 (Volmerink/FMN).

tormaatschappij in geval van insolventie van de debiteuren van bepaalde vorderingen Volgens het hof had de pandhouder (een ander dan de factormaatschappij) geen substitutiepandrecht op de vordering die de pandgever deswege op de factormaatschappij had verkregen om de reden dat de vorderingen op de insolvente debiteuren nog niet teniet waren gegaan Het hof miskent hierbij dat ook substitutie kan plaatsvinden in geval van waardevermindering van een vordering

11.5 Substitutie in geval van inning van de verpande vordering

307 *Geldvordering en girale betaling als uitgangspunt* In deze paragraaf wordt er, tenzij anders vermeld, steeds vanuit gegaan dat de verpande vordering een geldvordering is De inning van vorderingen tot levering van een goed is hiervoor reeds behandeld in paragraaf 6.3.1 Daarnaast wordt er in deze paragraaf vanuit gegaan dat de verpande vordering door girale betaling wordt voldaan De reden hiervoor is dat zich in geval van inning door girale betaling problemen kunnen voordoen die zich bij inning door chartale betaling niet kunnen voordoen

11.5.1 Inning door de pandgever vóór mededeling van het pandrecht aan de debiteur

308 *Geen substitutie* Zolang het pandrecht door de pandhouder niet aan de debiteur is medegedeeld, is de pandgever bevoegd de verpande vordering te innen²⁹ Gevolg van betaling van de vordering aan de pandgever is dat de verpande vordering en het daarop rustende pandrecht tenietgaan³⁰ Naar geldend recht vindt geen substitutie plaats, er komt geen pandrecht te rusten op het door de pandgever als gevolg van de inning verkregen chartale geld of, in geval van girale betaling, zijn vordering op een bank- of giro-instelling Aan substitutie lijkt in dat geval ook geen behoefte te bestaan er is geen sprake van een 'uitwinningsituatie' De vergelijking met de verkoop en levering van verpande roerende zaken door de pandgever met toestemming van de pandhouder ligt voor de hand ook in dat geval gaat het pandrecht teniet en vindt geen substitutie plaats³¹

29 Art. 3:239 lid 3 jo. 3:246 lid 1 BW

30 Zie art. 3:81 lid 2 sub a BW en HR 12 juli 2002, JOR 2002/180 m.nt. NEDF, NJ 2003, 194 m.nt. WMK (Rabobank/Knol q.q.)

31 HR 23 april 1999, JOR 1999/109 m.nt. H.L.E. Verhagen, NJ 2000, 158 m.nt. WMK (Wollie)

Door genoeg te nemen met een stil pandrecht in plaats van een openbaar pandrecht casu quo geen mededeling van zijn stille pandrecht te doen aan de debiteur van de verpande vordering (waartoe de bevoegdheid op ieder gewenst moment kan ingaan zie art 3 239 lid 3 BW) accepteert de pandhouder dat zijn pandrecht door betaling van de verpande vordering aan de pandgever tenietgaat. Dat de pandhouder geen openbaar pandrecht eist zal kunnen samenhangen met het feit dat in het vermogen van de pandgever doorlopend nieuwe vorderingen ontstaan die aan de pandhouder zijn of worden verpand. Er is in die situatie, waarin geen sprake is van verhaalsuitoefening, geen goede reden voor substitutie of het aan de pandhouder toekennen van een bijzonder recht, zoals een recht van voorrang op het geinde bedrag ³²

De pandhouder die niet langer wenst dat zijn verhaalspositie ten aanzien van de aan hem verpande vorderingen door voldoening aan de pandgever tenietgaat, kan zulks bewerkstelligen door, zodra hij daartoe bevoegd is, mededeling van zijn pandrecht aan de debiteuren van de vorderingen te doen. Dat naar geldend recht geen substitutie plaatsvindt indien de pandgever een stil verpande vordering int, is mijns inziens het wenselijke recht.

Anders is de situatie als de pandhouder en de pandgever overeenkomen dat de pandgever de openbaar verpande vordering(en) zal innen ³³. In dat geval zouden de pandgever en de pandhouder mijns inziens moeten kunnen overeenkomen dat de pandgever de verpande vorderingen int op een kwaliteitsrekening. In dat geval zou substitutie van de op de vordering(en) rustende pandrechten moeten plaatsvinden ³⁴.

11 5 2 Inning door de curator van de pandgever

309 *Inning door een daartoe bevoegde curator geen substitutie, wel voorrang*
De faillissementscurator van de pandgever is steeds bevoegd om een stil verpande vordering passief te innen, dat wil zeggen betalingen van de vordering in ontvangst te nemen. Nadat hij de pandhouder een redelijke termijn heeft gegund om mededeling van zijn pandrecht te doen, is de

32 Vgl Rank-Berenschot 1997a, p. 239. In dezelfde zin A-G Hartkamp in nr. 14 van zijn conclusie voor HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m nt WMK (Mulder q q / CLBN) en A-G Wesseling-van Gent in nr. 2 19-2 20 van haar conclusie voor HR 12 juli 2002, JOR 2002/180 m nt NEDF. NJ 2003, 194 m nt WMK (Rabobank/Knol q q).

33 Vgl art. 3 246 lid 4 BW.

34 Zie hierna par. 11 5 4.

curator tevens bevoegd om een stil verpande vordering actief te innen. Een stil verpande vordering gaat teniet indien deze door de curator van de pandgever wordt geïnd. Substitutie vindt niet plaats. Reeds het ontbreken van een wettelijke grondslag voor substitutie staat aan het ontstaan van een substitutiepandrecht in de weg. Daarbij komt dat veelal ook niet voldaan zal zijn aan het voor substitutie geldende vereiste dat de vordering (op een bank- of giro-instelling) waarin de opbrengst is uitgemond kan worden geïndividualiseerd. Wordt een stil verpande vordering bevoegdelijk geïnd door de curator van de pandgever, dan behoudt de pandhouder een recht van voorrang op het geïnde. Deze voorrang vloeit echter niet voort uit een substitutiepandrecht.³⁵

310. *Onbevoegde inning door de curator: afdracht aan de pandhouder.* De curator van de pandgever is niet bevoegd een door de gefailleerde stil verpande vordering actief te innen voor het verstreken zijn van een door hem aan de pandhouder gestelde redelijke termijn om tot mededeling van zijn pandrecht over te gaan. De curator is evenmin bevoegd om een openbaar verpande vordering van de gefailleerde te innen voor het verstreken zijn van een door hem ex art. 58 lid 1 Fw aan de pandhouder gestelde redelijke termijn om tot uitoefening van zijn rechten over te gaan.³⁶

In hoofdstuk 9 is betoogd dat de pandhouder in geval van onbevoegde inning door de curator aanspraak kan maken op onmiddellijke afdracht van het door de curator geïnde, met voorbijgaan aan de rechten van de overige boedelcrediteuren.³⁷ Aan een substitutiepandrecht op het door de curator geïnde bestaat geen behoefte.

11.5.3 Inning door de pandhouder

311. *Verdeling en verhaal na executie.* Een houder van een stil pandrecht op een roerende zaak kan, indien de pandgever tekortschiet of tekort dreigt te gaan schieten, de roerende zaak in vuistpand nemen en zo zijn recht op de zaak veiligstellen.³⁸

Zowel de houder van een vuistpand als de houder van een pandrecht op een vordering kan het onderpand executoriaal verkopen als de

35 Zie HR 17 februari 1995, NJ 1995, 471 m nt WMK (Mulder q q /CLBN) en HR 22 juni 2007, LJN BA2511 (ING/Verdonk q q) Zie ook par. 9 2 2 hiervóór Zie voorts Vriesendorp 1995, p 607 onder 1 van zijn annotatie in AA van het arrest Mulder q.q /CLBN en Sagaert 2003, nr 120 en 673

36 Zie HR 22 juni 2007, LJN BA2511 (ING/Verdonk q q) en par 9 2 2-9 2 3 hiervóór

37 Zie voor een nadere onderbouwing van dit standpunt par 9 2 4 hiervóór.

38 Art 3 237 lid 3 BW

schuldenaar in verzuim is met de voldoening van de vordering tot zekerheid waarvan het pandrecht strekt. In geval van *executie* van een verpande roerende zaak of een vordering door een pandhouder worden de executerende pandhouder en de eventuele overige tot de opbrengst gerechtigden, zoals de pandgever of diens curator, andere pandhouders, beperkt gerechtigden wier recht door de executie is vervallen en beslagleggers, uit de opbrengst voldaan.³⁹

Bestaat over de verdeling van de opbrengst, of het overschot daarvan nadat de pandhouder zich uit de opbrengst heeft voldaan, geen overeenstemming, dan kunnen de andere tot de opbrengst gerechtigden tegen het verhaalsrisico dat zij jegens de executerende pandhouder lopen, bescherming ontnemen aan de bepaling dat de opbrengst door de executant dient te worden gestort bij een bewaarder, veelal een bank, die voldoet aan de in art. 445 Rv bedoelde vereisten.⁴⁰ Uiteindelijk wordt het 'bewaarde' bedrag uitgekeerd aan de rechthebbende(n). Substitutie vindt niet plaats.

312. *Verdeling en verhaal na inning.* De houder van een pandrecht op een vordering op naam kan zijn recht op de vordering veiligstellen door zijn pandrecht, zodra hij daartoe bevoegd is, mede te delen aan de debiteur van de vordering, zodat de debiteur, mits deze pandhouder de hoogst gerangschikte openbaar pandhouder is, nog slechts bevrijdend kan betalen aan deze pandhouder.⁴¹

Is de door het pandrecht verzekerde vordering opeisbaar⁴² en is in het faillissement van de pandgever geen afkoelingsperiode afgekondigd,⁴³ dan wijkt de door de wetgever voorgeschreven gang van zaken na inning niet af van de gang van zaken na executie. De pandhouder die de vordering heeft geïnd en de overige tot de opbrengst gerechtigden, de pandgever of diens curator, andere pandhouders, beperkt gerechtigden wier recht door de executie is vervallen en beslagleggers, worden uit de opbrengst voldaan. Ook in dit geval komt er zonodig een rangregeling.⁴⁴

De pandhouder kan echter bevoegd zijn de verpande vordering te innen voordat hij bevoegd is zijn door het pandrecht gecureerde vorde-

39 Art. 3:248 en 253 BW jo. 490b Rv.

40 Art. 490b lid 2 Rv.

41 Art. 3:239 lid 3 jo. 3:246 lid 1 en lid 3 BW.

42 Vgl. art. 3:255 lid 1 BW.

43 Art. 63a-63e Fw.

44 Vgl. art. 3:246 lid 5, 253 en 255 BW jo. 490b Rv. Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 3 (Inv 3, 5 en 6), p. 1340. Vgl. ook Stein 2006 (Vermogensrecht), art. 3:246, aant. 38.1.

ring op het geïnde te verhalen. Voor het geval de pandhouder een verpande vordering heeft geïnd maar nog niet bevoegd is om zich uit het geïnde te voldoen, bepaalt art. 3:246 lid 5 BW dat de pandrechten die rusten op de vordering op het geïnde komen te rusten.

313. *De ratio van art. 3:246 lid 5 BW.* Met het voor inning door de pandhouder in art. 3:246 lid 5 BW bepaalde lijkt te zijn bedoeld dat de posities van de innende pandhouder, de pandgever en de eventuele overige tot de opbrengst gerechtigden veilig worden gesteld doordat deze als het ware worden gefixeerd. Aan deze regeling lijken de navolgende overwegingen (1 tot en met 6) ten grondslag te liggen. Welbewust worden hier bewoordingen als 'lijkt bedoeld' en 'lijken de volgende overwegingen ten grondslag te liggen' gehanteerd, omdat de regeling en de door de wetgever gegeven toelichting erop uiterst summier zijn.

1. Na mededeling van zijn pandrecht aan de debiteur van een verpande vordering, is de hoogst gerangschikte openbaar pandhouder bevoegd deze te innen.⁴⁵ Daardoor kan de inningsbevoegdheid van de pandhouder (anders dan zijn bevoegdheid tot executie) ontstaan vóórdat hij bevoegd is om zijn vordering op de pandgever op de opbrengst van de verpande vordering te verhalen.⁴⁶
2. In die situatie dienen de posities van de verschillende belanghebbenden (de pandgever, de innende pandhouder en de eventuele overige tot de opbrengst gerechtigden) ten opzichte van het geïnde zoveel mogelijk gelijk te zijn aan de posities die zij hadden ten opzichte van de door de inning tenietgegangene vordering. Rechthebbende van de verpande vordering was de pandgever, hij dient ook rechthebbende van het geïnde te zijn en hij dient dat te blijven zolang daarop nog geen verhaal mag worden genomen.⁴⁷ Daarnaast moet echter worden voorkomen dat de eventuele overige pandhouders hun positie zien verslechteren doordat hun pandrechten tenietgaan door het tenietgaan van de verpande vordering, zonder dat zij daar vergelijkbare rechten voor in de plaats krijgen. Bovendien moet, ter bescherming van zowel de pandgever als de overige tot de opbrengst gerechtigden, worden voorkomen dat de crediteuren van de innende pandhouder op het geïnde verhaal kunnen nemen.

45 Art 3:246 lid 1 BW

46 Art 3:239 lid 3 BW

47 Zo ook Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr 829

3. De pandgever komt in de gewenste positie doordat in geval van inning van de vordering door de pandhouder weliswaar betaald wordt aan de pandhouder, maar de pandgever rechthebbende van het geïnde wordt.⁴⁸ In geval van betaling in chartaal geld houdt de pandhouder dit voor de pandgever. Wordt de verpande vordering giraal betaald dan is de vordering van de pandgever die als gevolg van die girale betaling op een bank- of giro-instelling ontstaat afgescheiden van het vermogen van de pandhouder, doordat de pandhouder de vordering laat betalen op of het geïnde overbrengt naar een door hem aangehouden kwaliteitsrekening en de pandgever rechthebbende is van de vordering op de bank terzake van deze kwaliteitsrekening.
4. Bestaat het geïnde uit chartaal geld dan krijgen zowel de innende pandhouder als de eventuele overige pandhouders door substitutie een pandrecht op dit chartale geld dat de innende pandhouder houdt voor de pandgever.
5. Bestaat het geïnde uit een vordering van de pandgever op een bank- of giro-instelling dan krijgen zowel de innende pandhouder als de eventuele overige pandhouders door substitutie een pandrecht op die vordering.
6. Tegen het risico dat de crediteuren van de pandhouder op het geïnde verhaal nemen, worden de pandgever en de eventuele overige tot de opbrengst gerechtigden beschermd doordat het geïnde niet tot het vermogen van de pandhouder behoort.

Met de regeling van art. 3:246 lid 5 BW lijkt derhalve beoogd te zijn dat door de enkele inning van de verpande vordering door de pandhouder (de inning door de pandgever met toestemming van de kantonrechter blijft nog even buiten beschouwing), terwijl hij (nog) niet bevoegd is zich uit het geïnde te voldoen, de posities van de betrokkenen (de eventuele overige tot de opbrengst gerechtigden en de pandgever) geen wijziging ondergaan. Dit doel van de regeling heeft mijn instemming.

314. *Vragen en problemen.* De regeling van art. 3:246 lid 5 BW is om een aantal redenen problematisch. Allereerst roept de regeling reeds de nodige vragen en onzekerheden op doordat zij op geen enkele wijze is uitgewerkt.⁴⁹ Daarnaast lijkt de wetgever bij het ontwerpen van de regeling

48 Zo ook Reehuis 1987, nr. 403 en Rank-Berenschot 1997a, p. 242. Vgl. ook par. 6.3 1 hiervóór.

49 Vgl. Janssen 1992a, p. 173-177 en Rank-Berenschot 1997a.

voornamelijk te hebben gedacht aan de situatie waarin de inning chartaal geld oplevert.⁵⁰ Bij chartaal geld is eenvoudig voorstelbaar dat dit niet tot het vermogen van de pandhouder gaat behoren indien het niet wordt vermengd met zijn overige chartale geld, zodat het deel uitmaakt van het vermogen van de pandgever, maar wordt gehouden door de pandhouder en dat er door substitutie één of meer pandrechten (van de innende pandhouder en de eventuele overige pandhouders) op komen te rusten.⁵¹

315. *Chartaal geld: oneigenlijke vermenging.* Een probleem bij de inning van chartaal geld is wel, dat dit eenvoudig vermengd kan worden met ander chartaal geld van de pandhouder. Na zo een oneigenlijke vermenging wordt de pandhouder vermoed eigenaar te zijn, resteert voor de pandgever nog slechts een vordering op de pandhouder,⁵² gaan de substitutiepandrechten van de innende pandhouder en de eventuele overige pandhouders teniet⁵³ en lopen de eventuele overige tot de opbrengst gerechtigden het gevaar dat zij hun rechten niet meer geldend kunnen maken.⁵⁴

316. *Giraal geld: vermogensscheiding met behulp van een kwaliteitsrekening?* Wordt de verpande vordering betaald op een bankrekening van de pandhouder die geen kwaliteitsrekening is dan zal de pandhouder rechthebbende zijn van de vordering op de bank die daardoor ontstaat. Het pandrecht van de innende pandhouder komt in dat geval niet door substitutie op die vordering te rusten. Het is immers niet mogelijk dat een pandrecht behoort tot hetzelfde vermogen als het object van het pandrecht.⁵⁵ Wel zullen door substitutie de pandrechten van de eventuele overige pandhouders op de vordering op de bank komen te rusten, mits en zolang de vordering op de bank die van de inning het gevolg is individualiseerbaar blijft.

Voor deze problemen wordt in de wetsgeschiedenis als oplossing gegeven dat de pandhouder het geinde dient te ontvangen c.q. over te brengen naar een kwaliteitsrekening zoals bedoeld in het Slis-Stroom-

50 Vgl. Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 548

51 Vgl. Rank-Berenschot 1997a, p. 241-242

52 Zie art. 3:109 en 3:119 lid 1 BW en HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274 m.nt. HD (Teixeira de Mattos)

53 Art. 3:82 lid 2 sub e BW. Vgl. Rank-Berenschot 1997a, p. 242-243

54 Zie over (de gevolgen van) oneigenlijke vermenging, met verdere verwijzingen, Verstylen 2002

55 Zo ook Steneker 2004a, p. 348

arrest.^{56,57} Of dat naar geldend recht inderdaad een oplossing is, is hoogst twijfelachtig.

317. *Kan de pandhouder een kwaliteitsrekening aanhouden?* Allereerst is onduidelijk of de pandhouder vermogensscheiding door het openen van een kwaliteitsrekening wel *kan* bewerkstelligen. Enerzijds biedt art. 3:246 lid 5 BW hier geen duidelijke grondslag voor, is er geen andere wettelijke regeling die dit mogelijk maakt en heeft de Hoge Raad de mogelijkheden tot vermogensscheiding door middel van een buitenwettelijke kwaliteitsrekening beperkt tot enkele beroepsgroepen die het afgescheiden van hun eigen vermogen aanhouden van giraal geld tot hun kernactiviteiten mogen rekenen.⁵⁸ Anderzijds gaat de minister van Justitie er in de toelichting van de wet tot uitvoering van de Europese Richtlijn betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten⁵⁹ vanuit dat de pandgever vermogensscheiding door middel van een kwaliteitsrekening kan bewerkstelligen. Helaas geeft de minister daarbij niet aan op grond waarvan hij een en ander mogelijk acht. Ook geeft de minister geen inzicht in de vereisten waaraan volgens hem voldaan moet zijn om de vermogensscheiding te kunnen bewerkstelligen.⁶⁰ Wordt geen vermogensscheiding bewerkstelligd, dan lopen de pandgever en de eventuele andere tot de opbrengst gerechtigden het risico dat de crediteuren van de pandhouder verhaal nemen op het geïnde.

318. *Wie is rechthebbende van het saldo?* Daarnaast is het de vraag, als vermogensscheiding door de pandhouder op de bedoelde wijze mogelijk zou zijn, wie rechthebbende van de vordering terzake van de door de pandhouder aangehouden kwaliteitsrekening is, de pandgever of de pandhouder. Bij de notariële kwaliteitsrekening is de belanghebbende weliswaar rechthebbende van de vordering op de bank omdat de wet zulks be-

56 HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752 m nt WMK

57 Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1340

58 HR 13 juni 2003, NJ 2003, 196 m nt WMK, JOR 2003/209 m nt SCJJK en A. Steneker (Coöperatie Beatrix/Procall), zie nr. 4 van laatstgenoemde noot. Vgl. ook Steneker 2004a, p. 347, Steneker 2005, p. 59, voetnoot 17 en Snyders/Rank-Berenschot 2007, nr. 548. Snyders 2004a, p. 305, heeft verdedigd dat de Hoge Raad met dit arrest de kwaliteitsrekening van de pandhouder niet heeft willen uitbannen.

59 Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten (PbEG 2002, L 168/43) en Titel 2 Boek 7 BW.

60 Kamerstukken II, 2004/05, 30 138, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 14-15 en Kamerstukken I, 2004/05, 28 874, nr. E (Nadere Memorie van Toelichting), p. 7.

paalt,⁶¹ maar het is de vraag of dit ook zo is bij kwaliteitsrekeningen waarvoor niet wettelijk geregeld is dat niet de rekeninghouder, maar de belanghebbende rechthebbende van de vordering op de bank is. Juridisch Nederland is diep verdeeld over de vraag of dit zo is en/of zo zou moeten zijn.⁶²

Christiaans trekt uit het arrest Koren q.q./Tekstra q.q.⁶³ de conclusie dat de belanghebbende bij een kwaliteitsrekening steeds de rechthebbende van de vordering op de bank is, ook als de kwaliteitsrekening geen notariële kwaliteitsrekening is.⁶⁴ Ook H.J. Snijders stelt naar aanleiding van dit arrest en het arrest Coöperatie Beatrix/Procall dat naar geldend recht steeds de belanghebbende rechthebbende van de vordering is, ongeacht of het een notariële kwaliteitsrekening betreft.⁶⁵

In het arrest Koren q.q./Tekstra q.q. oordeelde de Hoge Raad echter uitsluitend over een bijzondere *notariële* kwaliteitsrekening. De Hoge Raad zocht daarbij aansluiting bij het in art. 25 Wet op het Notarisambt voor een generieke notariële kwaliteitsrekening bepaalde dat de belanghebbenden bij de kwaliteitsrekening de rechthebbenden van de vordering op de bank zijn. In het arrest Coöperatie Beatrix/Procall overweegt de Hoge Raad dat het saldo van een kwaliteitsrekening is afgescheiden van de boedel van de rekeninghouder⁶⁶ maar hieruit volgt niet, anders dan H.J. Snijders meent,⁶⁷ dat de vordering op de bank terzake van dat saldo aan de belanghebbende toebehoort. Met Kortmann en Steneker meen ik dat niet duidelijk is of de Hoge Raad in dezelfde zin zou oordelen voor de niet-notariële kwaliteitsrekening.⁶⁸

Denkbaar is dat de pandhouder rechthebbende is van de vordering op de bank terzake van de door hem ten behoeve van de inning aangehouden kwaliteitsrekening. Voor het ontstaan van zijn substitutiepandrecht vormt dit geen beletsel. Zijn vordering op de bank zou een afgescheiden vermogen kunnen vormen waarop een pandrecht kan rusten dat in zijn overige vermogen valt.⁶⁹

61 Art 25 lid 3 Wet op het notarisambt

62 Zie, met verdere literatuurverwijzingen, bijvoorbeeld Steneker 2002 en Steneker 2005, hoofdstuk 3

63 HR 12 januari 2001, JOR 2001/50 m nt SCJJK en A Steneker, NJ 2002, 371 m nt HJS

64 Christiaans 2004, p 86

65 Snijders 2004a, p 301 en 305 en Snijders 2004b, p 610 en 620

66 R o 3 3 3

67 Snijders 2004b, p 610

68 Zie nr 8 van hun noot in JOR onder voornoemd arrest Koren q q /Tekstra q q

69 Zo ook Faber 1994, p 188-189 en Steneker 2005, p 60

Hierop voortbordurend heeft Steneker gepleit voor een regeling waarin de pandhouder rechthebbende van de vordering op de bank terzake van de kwaliteitsrekening is.⁷⁰ Deze benadering heeft mijn instemming, om de reden dat het wenselijk is dat degene die bij de bank en mogelijk ook bij derden bekend is als de rekeninghouder, in casu de pandhouder en niet de pandgever, rechthebbende is van de vordering op de bank die ontstaat door inning op een kwaliteitsrekening van de verpande vordering door de pandhouder. Dat de positie van de pandgever in dit opzicht na inning niet zoveel mogelijk gelijk is aan zijn positie vóór de inning is daarbij niet bezwaarlijk, omdat het door de pandhouder geïnde niet vatbaar is voor verhaal door crediteuren van de pandhouder zolang de pandhouder daarop geen verhaal heeft genomen. Het geïnde is, doordat dit is ondergebracht op een kwaliteitsrekening, afgescheiden van het overige vermogen van de pandhouder.

Bij de inning van een vordering tot levering van een goed is er geen aanleiding om de pandhouder rechthebbende van het te leveren goed te laten worden. Voor dat geval is het in dit opzicht geldende recht in overeenstemming met het wenselijke recht.⁷¹

De onduidelijkheid over de bevoegdheid van de pandhouder tot het openen van een kwaliteitsrekening en over de vraag wie de rechthebbende van de vordering terzake van zo een kwaliteitsrekening op de bank is, is irrelevant voor het ontstaan van substitutiepandrecht van de andere pandhouders dan de innende pandhouder. Zolang het geïnde als een vordering in hetzij het vermogen van de pandgever, hetzij het vermogen van de pandhouder individualiseerbaar blijft, rusten daarop de substitutiepandrecht van de andere pandhouders.⁷²

319. *Herleving van substitutiepandrecht.* Vindt oneigenlijke vermenging van het geïnde chartale geld plaats of gaat het geïnde 'over' in een vordering van de innende pandhouder op een bank dan ontstaat een vordering van de pandgever op de innende pandhouder. De substitutiepandrecht van de eventuele andere pandhouders gaan teniet indien die oneigenlijke vermenging plaatsvindt of de vordering van de innende pandhouder op een bank niet langer individualiseerbaar is doordat zij is opgegaan in het saldo van diens bankrekening.

70 Steneker 2004a, p. 348-352 en Steneker 2005; zie bijvoorbeeld zijn voorstellen voor een nieuw art. 3:276a lid 2 en tot wijziging van art. 3:246 lid 5 BW.

71 Zie par. 6.3.1 hiervóór

72 Zo ook Rank-Berenschot 1997a, p. 249.

Op grond van een redelijke wetsuitleg dient te worden aangenomen dat de substitutiepandrecht herleven indien alsnog afscheiding (in de vorm van chartaal geld of in de vorm van een vordering op een bank) plaatsvindt.⁷³ Analooq hieraan moet tevens worden aangenomen dat eventuele overige tot de opbrengst gerechtigden hun rechten op het opnieuw afgescheiden vermogen kunnen laten gelden.

320. *Voorrang na tenietgaan van substitutiepandrecht* Het is tevens verdedigbaar dat in zo een situatie aan de vorderingen op de pandgever van de pandhouders die geen substitutiepand hebben doordat het geïnde niet individualiseerbaar is, voorrang toekomt voor het bedrag waarop zij op het geïnde recht zouden hebben indien zij wel een substitutiepandrecht zouden hebben gehad,⁷⁴ zij het dat zij die voorrang slechts zouden moeten hebben indien en zolang buiten twijfel is dat het geïnde deel is gaan uitmaken en nog deel uitmaakt van het vermogen van de pandgever, zodat door hun voorrangrecht geen andere crediteuren van de pandgever worden benadeeld.

De stelling van Janssen dat een dergelijke voorrang substitutiepandrecht overbodig maakt,⁷⁵ is onjuist. In geval van faillissement van een pandgever/debiteur kan een (substitutie)pandhouder als separatist aanspraak maken op de opbrengst van zijn pandrecht zonder bij te dragen aan de algemene faillissementskosten en zonder de afwikkeling van de boedel af te wachten. Op betaling van een vordering waaraan 'slechts' voorrang verbonden is, kan echter eerst aanspraak worden gemaakt nadat de algemene faillissementskosten zijn voldaan en curator tot uitdeling overgaat.⁷⁶

321. *Toepassing van de regeling voor verdeling en verhaal na executie?* Janssen heeft ervoor gepleit art. 3:246 lid 5 BW zoveel mogelijk uit te leggen overeenkomstig het voor de verdeling van de opbrengst van een pandexecutie in art. 3:253 BW bepaalde.⁷⁷ Denkbaar is ook een regeling die aansluit

73 Zo ook Reehuis 1987, nr 426, Janssen 1992a, p 175 en Steneker 2005, p 62. Steun hiervoor biedt de wetsgeschiedenis, waarin wordt gesteld dat de innende pandhouder die het geïnde niet ontvangt op een kwaliteitsrekening als bedoeld in het Sls-Stroom-arrest het geïnde alsnog naar een dergelijke rekening dient over te brengen. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p 1340.

74 Zo ook Janssen 1992a, p 176-177.

75 Janssen 1992a, p 176-177.

76 Vgl. HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder q q / CLBN).

77 Janssen 1992a, p 173-174.

bij de regeling die geldt voor de verdeling van de opbrengst van de executie van verpande goederen (art. 3:253 BW jo. 490b Rv).

Deze mogelijkheden bieden geen afdoende oplossing. De regeling van art. 3:253 BW is namelijk bedoeld voor een situatie waarin de executerende pandhouder bevoegd is om zich uit het geïnde te voldoen en derhalve gericht op verdeling van de opbrengst tussen de pandhouder en de overige gerechtigden. Inning van een verpande vordering door de pandhouder kan echter ook plaatsvinden indien de pandhouder (nog) niet bevoegd is om zich uit het geïnde te voldoen. In dat geval verdient inning op een kwaliteitsrekening de voorkeur boven een op verdeling gerichte regeling als die van art. 3:253 BW (in voorkomend geval in verbinding met art. 490b Rv). Inning op een kwaliteitsrekening is relatief eenvoudig in vergelijking met een verplichting om het geïnde te storten bij een bewaarder, leidt tot vermogensscheiding zodra een vordering is geïnd en doet voldoende recht aan de belangen van de pandgever en de andere tot de opbrengst gerechtigden.

Voor de goede orde: is de innende pandhouder bevoegd zich uit het geïnde te voldoen omdat zijn door het pandrecht verzekerde vordering opeisbaar is maar zijn er anderen die op het geïnde aanspraak maken, dan dient (vervolgens) wel de weg van art. 490b Rv te worden gevolgd.⁷⁸ Dat is logisch en wenselijk omdat die situatie niet verschilt van de situatie na executie van een verpande roerende zaak of vordering: er is een verpand goed te gelde gemaakt en de opbrengst dient verdeeld te worden overeenkomstig de aanspraken van de diverse belanghebbenden (pandhouders, beslagleggers, beperkt gerechtigden wier recht door de executie is vervallen en de pandgever).

322. *Aanpassing van de huidige regeling.* Het hiervóór door mij betoogde is niet in strijd met de huidige wettelijke regeling en het verdient aanbeveling die regeling zo uit te leggen. Daarmee zijn echter niet alle met de huidige regeling bestaande problemen opgelost. Het is daarom wenselijk dat er een wettelijke regeling komt die, in geval van inning van een verpande vordering door een pandhouder die (nog) niet bevoegd is zich op de opbrengst te verhalen, duidelijkheid verschaft aan alle betrokkenen en recht doet aan de gerechtvaardigde belangen van zowel de innende pandhouder als de eventuele overige tot de opbrengst gerechtigden, onder wie de pandgever. De volgende paragraaf bevat daartoe een aanzet.

78 Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1340-1341 en Reehuis 1987, nr. 411.

11.5.3.1 Wenselijk recht: een wettelijke regeling voor een door de pandhouder aan te houden kwaliteitsrekening en 'subsidiair' voorrangrechten voor de overige pandhouders

323. *Een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening?* Met Steneker meen ik dat de wetgever een algemene wettelijke regeling voor de kwaliteitsrekening zou moeten introduceren.⁷⁹ In afdeling 9.2 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek zouden dan enkele specifiek voor een pandhouder geldende bepalingen moeten worden opgenomen, zoals de verplichting voor de pandhouder om het geïnde te doen betalen op of over te brengen naar een kwaliteitsrekening. De specifieke bepalingen die mijns inziens voor de pandhouder in aanvulling op een algemene wettelijke regeling zouden moeten gelden, blijken uit het voorstel op hoofdlijnen voor een specifieke wettelijke regeling dat hierna in deze paragraaf zal worden gedaan. Ziet de wetgever (vooralsnog) af van een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening, dan zou hij mijns inziens een wettelijke regeling moeten treffen voor de inning van een verpande geldvordering door een pandhouder die (nog) niet bevoegd is om zich uit het geïnde te voldoen.

324. *De hoofdlijnen van een specifieke wettelijke regeling.* Een wettelijke regeling voor de inning van een verpande geldvordering door een pandhouder die (nog) niet bevoegd is zich uit het geïnde te voldoen, zou er op hoofdlijnen als volgt uit kunnen zien.

1. De pandhouder die een verpande geldvordering int en die nog niet bevoegd is zijn door het pandrecht verzekerde vordering uit het geïnde te voldoen, is verplicht en bevoegd tot het openen van een kwaliteitsrekening.
2. De innende pandhouder is verplicht de vordering te innen door de debiteur zoveel mogelijk te laten betalen op die kwaliteitsrekening casu quo het geïnde (ook indien het bestaat uit chartaal geld) daar terstond naar over te brengen.⁸⁰
3. De pandhouder is rechthebbende van de vordering op de bank terzake van een dergelijke kwaliteitsrekening.

79 Zie Steneker 2005, in het bijzonder p. 253-274.

80 Ook Steneker 2005, p. 62, heeft gepleit voor een wettelijke verplichting van de pandhouder om het geïnde onder te brengen op een kwaliteitsrekening.

4. Eenieder die een pandrecht had op de geïnde vordering, inclusief de pandhouder die de vordering heeft geïnd, heeft een substitutiepandrecht op de vordering op de bank terzake van de kwaliteitsrekening, ook indien op enig moment tussen de inning en het ontstaan van de vordering op de bank het geïnde niet in chartaal respectievelijk giraal geld geïndividualiseerd was, bijvoorbeeld doordat het oneigenlijk vermengd is geraakt respectievelijk is opgegaan in het saldo van een rekening van de innende pandhouder voordat hij het geïnde op een kwaliteitsrekening heeft gestort.⁸¹ Analooq hieaan behouden ook de eventuele overige tot de opbrengst gerechtigden hun rechten.
5. De pandhouder die in een rekening-courantverhouding tot de pandgever staat, is bevoegd met de pandgever overeen te komen dat de pandhouder, ook indien hij nog niet bevoegd is zichzelf uit het geïnde te voldoen, het geïnde in de rekening-courant met de pandgever te boeken, mits er geen anderen zijn die op het geïnde aanspraak maken. Als gevolg hiervan vindt verrekening plaats van de schuld van de pandhouder aan de pandgever terzake van het geïnde met de vordering van de pandhouder op de pandgever. Zijn er anderen die rechten op het geïnde pretenderen, dan dient de verdeling plaats te vinden volgens het in art. 490b Rv bepaalde.
6. De pandhouder wiens door het pandrecht verzekerde vordering opeisbaar is, is bevoegd zijn vordering uit het geïnde te voldoen. Zijn er echter anderen die op het geïnde aanspraak maken, dan dient de weg van 490b Rv te worden gevolgd.

Het achter 5. gestelde verdient nog enige toelichting. Aangenomen mag worden dat een pandgever en een pandhouder die in een rekening-courantverhouding tot elkaar staan, het veelal wenselijk zullen vinden dat de rekening-courant wordt 'gevoed' door de opbrengst van de aan de pandhouder verpande vorderingen. Is de rekening-courant tevens een bankrekening, dan zal in veel gevallen zelfs worden overeengekomen dat de pandgever zijn debiteuren zal verplichten om te betalen op die bankrekening, zodat hetgeen de pandhouder aldus aan de pandgever verschuldigd wordt, wordt verrekend met zijn vordering op de pandgever.⁸² Er is geen

81 Hetgeen ook voor het huidige recht reeds verdedigd wordt door Janssen 1992a, p. 175.

82 Art. 6:140 lid 1 BW.

reden deze afspraken te laten doorkruisen door het inningsbevoegd worden van de pandhouder.⁸³

11.5.4 Inning door de pandgever met toestemming van de pandhouder na mededeling van het pandrecht aan de debiteur

325. *Wenselijk recht: een mogelijkheid tot substitutie in geval van inning van een openbaar verpande vordering door de pandgever.* Het is voorstelbaar dat de houder van een openbaar pandrecht er de voorkeur aan geeft de verpande vordering niet zelf te innen, maar de inning aan de pandgever wenst over te laten, bijvoorbeeld omdat hij verwacht dat inning door de pandgever tot een beter resultaat zal leiden. In die situatie kan de pandhouder aan de pandgever toestemming voor de inning geven, waardoor de pandgever bevoegd wordt de vordering te innen.⁸⁴ Int de pandgever de verpande vordering met toestemming van de pandhouder, dan ontstaan naar geldend recht op het geïnde geen substitutiepandrecht.⁸⁵

Om de in paragraaf 11.5.1 genoemde redenen is aan substitutie in die situatie ook niet steeds behoefte: denkbaar is dat de pandhouder er genoegen mee neemt dat hij zijn bijzondere verhaalspositie ten aanzien van de aan hem verpande vordering casu quo het geïnde verliest. Denkbaar is echter ook dat de pandhouder de inning aan de pandgever wenst over te laten, maar wel zijn bijzondere verhaalspositie wenst veilig te stellen. In dat geval zouden de pandgever en de pandhouder mijns inziens moeten kunnen overeenkomen dat de pandgever de verpande vorderingen int op een kwaliteitsrekening. In dat geval zou substitutie van de op de vordering(en) rustende pandrechten moeten plaatsvinden. Volstaan zou kunnen worden met de bepaling dat de pandgever en de pandhouder kunnen overeenkomen dat de pandgever de vordering int en dat alsdan de voor inning door de pandhouder geldende bepalingen van overeenkomstige toepassing zijn.

83 Het lijkt naar huidig recht reeds mogelijk te zijn dat de pandhouder het geïnde in de tussen hem en de pandgever bestaande rekening-courant boekt; zie Rank-Berenschot 1997a, p. 251, Rank-Berenschot 1997b, p. 52 en Stein 2006 (Vermogensrecht), art. 3:246, aant. 38.2.

84 Art. 3:246 lid 4 BW

85 Art. 3:246 lid 5 BW.

11.5.5 Inning door de pandgever met toestemming van de kantonrechter

326. *Wel substitutie.* Denkbaar is dat een inningsbevoegde pandhouder niet tot inning in staat is, daartoe niet bereid is of de inning niet adequaat ter hand neemt en desondanks weigert de pandgever toestemming voor de inning te geven. Voor dat geval is de mogelijkheid gecreëerd dat de kantonrechter de pandgever toestaat de inning zelf ter hand te nemen.⁸⁶ Voor die situatie is thans bepaald dat substitutie plaatsvindt, zodat het (de) pandrecht(en) op het geïnde komt (komen) te rusten.

Voor het bestaan van deze substitutiepandrechten is een kwaliteitsrekening niet vereist. Voldoende is dat de pandgever verplicht is het geïnde te individualiseren. Een uitsluitend voor dat doel aangehouden bankrekening waarop de vordering wordt betaald of het geïnde door de pandgever wordt gestort volstaat.

327. *Vermogensscheiding en voorrang.* Aannemelijk is dat de pandgever die de vordering int met toestemming van de kantonrechter gehouden is het geïnde te separeren van zijn overige vermogen, zodat de daarop rustende substitutiepandrechten niet tenietgaan bij gebrek aan individualiseerbaarheid van de vorderingen (c.q. van het chartale geld) waarop die pandrechten rusten. Aannemelijk is ook dat de pandhouders in een dergelijk geval voorrang hebben voor hun vorderingen op de pandgever tot het bedrag van het door de pandgever geïnde, indien aan dit individualiseringsvereiste niet langer voldaan is, maar vaststaat dat het geïnde nog tot het vermogen van de pandgever behoort. Aan een wettelijke regeling waarin een en ander tot uitdrukking wordt gebracht, lijkt geen behoefte te zijn.

11.6 Gevolgen van substitutie

328. *Plan van behandeling.* In deze paragraaf worden enkele gevolgen van substitutie besproken. Om te beginnen komen enkele gevolgen aan bod die gelden voor zowel substitutie die het gevolg is van inning als voor substitutie die niet het gevolg is van inning van de verpande vordering. In paragraaf 11.6.1 wordt aandacht besteed aan gevolgen die specifiek zijn voor substitutie in geval van het tenietgaan of de waardevermindering van de verpande vordering krachtens art. 3:229 BW. De voor substitutie na

⁸⁶ Zie art. 3:246 lid 4 BW en Parl. Gesch. Boek 3, p. 773.

inning specifieke gevolgen zijn reeds in het voorafgaande aan de orde gekomen

329 *Nieuw object, nieuw pandrecht* Het object van een substitutiepandrecht zal òf chartaal geld òf een vordering zijn. Op dat substitutiepandrecht zijn de gewone regels voor pandrecht op roerende zaken casu quo pandrecht op vorderingen van toepassing.⁸⁷

Het pandrecht dat door substitutie ontstaat is *niet hetzelfde* zekerheidsrecht als het zekerheidsrecht dat het vervangt, ook niet indien het object waarop het oorspronkelijke zekerheidsrecht rustte (bijvoorbeeld een geldvordering) gelijksoortig is aan het vervangende object (eveneens een geldvordering). De reden hiervoor is dat één zekerheidsrecht slechts op één goed kan rusten.⁸⁸

330 *Conserverende werking* Wel heeft het vervangende zekerheidsrecht, ondanks dat het later is ontstaan en rust op een ander object, zoveel mogelijk de eigenschappen van het zekerheidsrecht dat het vervangt. Substitutie is een beschermingsinstrument dat tot doel heeft de bestaande situatie zoveel mogelijk te handhaven. Het zekerheidsrecht zal echter voor zover nodig worden aangepast aan het vervangende object. Zo zal bij substitutie van een registergoed door een vordering tot betaling van schadevergoeding, het zekerheidsrecht dat een hypotheekrecht op het registergoed vervangt een pandrecht op die vordering zijn. Voor dat pandrecht gelden de regels voor (stil) pandrecht op vorderingen.⁸⁹

331 *Gevolgen van de conserverende werking* De algemene regel dat substitutie zoveel mogelijk conserverend werkt, heeft een aantal gevolgen. Allereerst geldt als ontstaansmoment van het substitutiepandrecht het moment waarop het oorspronkelijke, gesubstitueerde pandrecht ontstond, dat moment bepaalt de rang van het substitutiepandrecht.

Om dezelfde reden is een faillissement van de pandgever geen beletsel voor substitutie. Substitutie is niet in strijd met het fixatiebeginsel en beschikkingsbevoegdheid van de pandgever is voor het ontstaan van het substitutiepandrecht niet vereist.⁹⁰

De positie van de debiteur is in geval van een substitutiepandrecht niet anders dan in geval van een door vestiging ontstaan pandrecht, zodat

87 Parl. Gesch. Boek 3, p. 735

88 Zie Bartels en Timmerman 2006

89 Art. 3:229 BW. Vgl. ook Sagaert 2003, nr. 36, 695 en 705-706

90 Zie hiervoor par. 11.3

bijvoorbeeld de mogelijkheid bestaat dat de debiteur zich op verrekening van de verpande vordering met zijn vordering op de pandgever beroept. In dit opzicht kan substitutie derhalve nadelig zijn voor de pandhouder.⁹¹ Het recht van de debiteur dient hier echter te prevaleren: zijn juridische positie mag niet noemenswaardig verslechteren door het enkele feit dat op een vordering op hem een (substitutie)pandrecht komt te rusten of doordat de substitutiepandhouder bevoegd wordt deze te innen.

332. *Stil pand.* Het substitutiepandrecht dat rust op een vordering is, zolang dit niet aan de debiteur van de vervangende vordering is medege-deeld, een stil pandrecht.⁹² Totdat die mededeling door de debiteur is ont-vangen, is de pandgever inningsbevoegd en mag de debiteur betaling aan de pandgever niet weigeren om de reden dat hij weet of vermoedt dat op de vordering een stil (substitutie)pandrecht rust.⁹³ Aannemelijk is wel dat de mededeling van het pandrecht bij voorbaat kan worden gedaan, zodat het pandrecht direct bij het ontstaan openbaar is.⁹⁴

Gerver meent dat sprake kan zijn van een openbaar pandrecht als het pandrecht een hypotheekrecht substitueert, omdat de schuldenaar door het raadplegen van de registers bekend kan zijn met het hypotheek-recht en daardoor kan weten dat op de vordering op hem een substitu-tiepandrecht rust, ook als het pandrecht nog niet aan hem is medege-deeld.⁹⁵ Gerver miskent daarbij dat de inningsbevoegdheid niet overgaat van de pandgever op de pandhouder doordat de debiteur kennis is gaan dragen van het pandrecht. Het wettelijke systeem is immers dat een pand-recht op een vordering een stil pandrecht is totdat dit op de voet van art. 3:239 lid 3 BW aan de debiteur is medege-deeld.⁹⁶

91 Vgl Asser/Mijnssen/Van Velten/Van Mierlo 3-III 2003, nr 25

92 Parl Gesch Boek 3, p 735

93 Art 3:246 lid 1 BW Zo ook Rank-Berenschot 1997b, p 14, Van Mierlo 1988, p 215 en Stein 2006 (Vermogensrecht), art 3:229, aant 4 Vergelijk ook de regeling van de stille cessie (art 3:94 lid 3 BW) waarin uitdrukkelijk is bepaald dat de inningsbevoegdheid van de stil gecedeerde vordering eerst door mededeling van de cessie aan de debiteur overgaat op de cessionaris Bij de parlementaire behandeling van deze bepaling is nadrukkelijk overwogen dat wetenschap van de debiteur van de cessie voor de inningsbevoegdheid en voor de vraag aan wie de debiteur bevrijdend kan betalen niet relevant is Overwogen werd ook dat de stille cessie en de stille verpanding van vorderingen met elkaar in de pas dienen te lopen Zie Kamerstukken II 2003/04, 28 878, nr 5, p 4 en 8 en Kamerstukken I 2003/04, 28 878, C, p 2-3 Zie ook par 4.4.5 hiervóór

94 Zo ook Van Mierlo 1996, p 423, Rank-Berenschot 1997a, p 239 en Rank-Berenschot 1997b, p 14

95 Gerver 2001, p 66-67

96 Zo ook Faber 2005, nr 238 Vgl ook Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr 509

11 6 1 *Specifieke gevolgen van substitutie op grond van art 3 229 BW*

333 *Hoog in rang* Zoals gezegd in de vorige paragraaf heeft een substitutiepandrecht de rang die het gesubstitueerde pandrecht had. In art 3 229 lid 2 BW is bepaald dat een substitutiepandrecht een hogere rang heeft dan *ieder* ander pandrecht dat op de vordering waarop het substitutiepandrecht rust *gevestigd* is. Gevolg is dat ook een pandrecht dat bij voorbaat op de vervangende vordering is gevestigd vóór het tijdstip dat als tijdstip van het ontstaan van het substitutiepandrecht heeft te gelden, dat is het moment waarop het oorspronkelijke pandrecht is ontstaan, in rang bij het substitutiepand is achtergesteld. De ratio van deze regel is dat substitutie er niet toe mag leiden dat de pandhouder zijn positie verliest doordat de pandgever (al) zijn toekomstige vorderingen bij voorbaat aan een derde heeft verpand. Zo een verschuiving zou afbreuk doen aan de bescherming die substitutie beoogt te bieden en is om die reden ongerechtvaardigd.⁹⁷

Rusten op een vordering meerdere substitutiepandrechten, dan houden deze de rang die zij vóór de substitutie hadden.⁹⁸

334 *Geen bescherming van andere pandhouders* Op vergelijkbare - goede - gronden heeft de wetgever ervoor gekozen de pandhouder ten behoeve van wie een pandrecht op de substitutievordering is gevestigd niet tegen het substitutiepandrecht te beschermen. Voor zo een bescherming zou een bijzondere regel vereist zijn, nu het bepaalde in art 3 88 lid 1 jo 3 239 lid 4 BW uitsluitend beschermt tegen een eerdere *vestiging* van een pandrecht en niet tegen een pandrecht dat eerder *van rechtswege* is ontstaan.⁹⁹

335 *Geen bescherming tegen cessie* Art 3 229 lid 2 BW beschermt de substitutiepandhouder niet tegen een cessie (bij voorbaat) van de vordering waarop het substitutiepandrecht rust vóór het moment waarop zijn pandrecht is ontstaan, derhalve het moment waarop zijn oorspronkelijke pandrecht ontstond.¹⁰⁰ Dit is redelijk nu, anders dan bij een verpanding bij voorbaat de pandhouder, de cessionaris veelal een tegenprestatie, zoals de betaling van een koopsom, verschuldigd zal zijn die zonder de cessie zou leiden tot een ongerechtvaardigde vermogensverschuiving. Deze ratio

97 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 735-736.

98 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 736.

99 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 736.

100 Vgl. Janssen 1992a, p. 171-172 en Stein 2006 (Vermogensrecht), art. 3 229, aant. 7.

ontbreekt als de eerdere cessie een cessie tot zekerheid is, zodat het wel wenselijk is de substitutiepandhouder te beschermen tegen een eerdere cessie tot zekerheid.

336. *Wenselijk recht: bescherming tegen eerdere cessie tot zekerheid.* Het is wenselijk dat een substitutiepandrecht dat ontstaat op grond van het bepaalde in art. 3:229 BW in rang boven een eerdere cessie gaat, indien dit een cessie tot zekerheid is. Het ligt voor de hand die bescherming te bewerkstelligen door aanpassing van art. 3:229 BW.

UITOEFENING VAN DE MET (DE INNING VAN) DE VORDERING VERBAND HOUDENDE RECHTEN

12.1 Inleiding

337. *Onderwerp.* Aan de crediteur van een vordering kan een aantal rechten toekomen waarvan de uitoefening gevolgen kan hebben voor de kwaliteit of zelfs het bestaan van de vordering. Daarnaast kan uitoefening van een aantal met de vordering verband houdende rechten van invloed zijn op de mogelijkheid om de vordering te innen. Voorbeelden van dergelijke rechten zijn het recht om de overeenkomst waaruit de vordering voortvloeit te beëindigen, het recht om van de vordering afstand te doen en het recht om een terzake van de vordering bestaande executoriale titel ten uitvoer te leggen. In dit hoofdstuk wordt onderzocht of dergelijke rechten kunnen worden uitgeoefend door de pandgever, de inningsbevoegde pandhouder of beiden.

338. *Plan van behandeling.* Voor elk te behandelen recht wordt om te beginnen nagegaan wie naar geldend recht tot uitoefening daarvan bevoegd is, de pandgever, de inningsbevoegde pandhouder of beiden. Vervolgens zal worden aangegeven wat het naar mijn opvatting wenselijke recht is. Ook wordt voor enkele rechten aandacht besteed aan de gevolgen van uitoefening daarvan voor een op de vordering gevestigd pandrecht. Hierbij worden de in hoofdstuk 2 geformuleerde uitgangspunten gehanteerd. Voor zover relevant voor en toegespitst op de onderhavige materie zijn dit de volgende uitgangspunten.

1. Een recht is in beginsel vatbaar voor uitoefening door de pandhouder als de juridische positie van de debiteur van de vordering daarvoor niet noemenswaardig slechter is dan wanneer het recht door de pandgever zou worden uitgeoefend.
2. Een met de inning van een verpande vordering samenhangend recht kan *met uitsluiting van de stil pandhouder* worden uitgeoefend door de pandgever. Een dergelijk recht kan worden uitgeoefend door de *hoogst gerangschikte openbaar pandhouder* tenzij (i) de uitoefening van het recht geen beheersdaad is, (ii) de uitoefening van het

recht niet uitsluitend betrekking heeft op de verpande vordering of (iii) het een persoonlijk recht van de pandgever betreft. Is daartegen geen bezwaar, dan blijft ook de pandgever bevoegd tot de uitoefening van dat recht.

3. Uitoefening van een recht door hetzij de pandgever, hetzij de pandhouder moet zo goed mogelijk worden ingepast in het rechtssysteem waarbij de samenhang met de cessie van en met het beslag op vorderingen bijzondere aandacht verdient.

De mogelijkheden die de pandgever en de pandhouder hebben om de pandhouder, bijvoorbeeld door volmacht of lastgeving, contractueel tot uitoefening van de rechten van de pandgever bevoegd te maken worden niet behandeld. De behandeling hiervan zou het bestek van dit boek te buiten gaan.

12.2 Beëindiging van de overeenkomst waaruit de verpande vordering voortvloeit

339. *Exclusieve bevoegdheid van de pandgever.* Naar geldend recht komt de bevoegdheid om de overeenkomst waaruit de verpande vordering is of zal ontstaan te beëindigen exclusief aan de pandgever toe, ook indien de pandhouder inningsbevoegd is.¹ De in de wetsgeschiedenis hiervoor gegeven motivering is dat een opzegging of ontbinding van een overeenkomst de pandgever diepgaand treft.²

Er is nog een andere reden waarom een bevoegdheid tot beëindiging (door opzegging, ontbinding of vernietiging) van een overeenkomst tussen de pandgever en de schuldenaar naar geldend recht niet aan de pandhouder toekomt. De pandhouder is geen partij bij die overeenkomst en hij wordt dat noch door de vestiging van het pandrecht, noch doordat hij inningsbevoegd wordt. Zonder een wettelijke grondslag kan hij geen rechten van de pandgever ten aanzien van de overeenkomst tussen de pandgever en de schuldenaar uitoefenen, afgezien van de mogelijkheid dat hij bevoegd is de pandgever te vertegenwoordigen.

Om dezelfde reden heeft ook een cessionaris niet het recht om de overeenkomst waaruit de vordering is ontstaan door opzegging, ontbinding of vernietiging te beëindigen en kan hij geen de cedent bindende wij-

1 Parl. Gesch. Boek 3, p. 772-773.

2 Vgl. ook Stein 2006 (Vermogensrecht), art. 3:246, aant. 23.3 en 23.4.

zigheden daarvan overeenkomen.³ Een bevoegdheid tot beëindiging van een overeenkomst kan uitsluitend op een derde overgaan doordat deze partij bij de overeenkomst wordt. Dat kan bijvoorbeeld door contractsovername⁴ of door overgang onder algemene titel van de rechten en verplichtingen van de oorspronkelijke partij op de derde.

Het door opzegging, ontbinding of vernietiging beëindigen van een overeenkomst heeft niet alleen gevolgen voor de verpande of gecedeerde vorderingen die uit de overeenkomst zijn voortgevloeid, maar raakt ook andere rechten van de pandgever of cedent. Om die reden is het ook niet wenselijk dat de bevoegdheid om de overeenkomst te beëindigen aan de pandhouder of de cessionaris toekomt.

340. *Tegenwerpen aan de pandhouder?* Rongen heeft zich op het standpunt gesteld dat de vorenbedoelde bevoegdheden tot beëindiging van een overeenkomst na verpanding van een vordering uit die overeenkomst weliswaar door de pandgever kunnen worden uitgeoefend, maar dat die uitoefening niet aan de pandhouder kan worden tegengeworpen.⁵ Zijn standpunt is mijns inziens geen geldend recht omdat uit de wetsgeschiedenis het tegendeel blijkt. De pandhouder moet de uitoefening van dergelijke bevoegdheden in beginsel tegen zich laten gelden, zij het dat hij daar onder omstandigheden tegen zal kunnen ageren, bijvoorbeeld met een beroep op de pauliana.⁶

Rongen motiveert zijn standpunt door de blokkerende werking die een beslag heeft mede van toepassing te verklaren op een pandrecht op een vordering.⁷ Het uitgangspunt dat beslag op en verpanding van een vordering zoveel mogelijk dezelfde gevolgen zouden moeten hebben, onderschrijf ik. De openbaarmaking van een pandrecht aan de debiteur van de vordering heeft tot op zekere hoogte inderdaad een fixerende werking die te vergelijken is met die van een beslag.⁸ Echter, een beslag op de vorderingen uit een overeenkomst staat aan de opzegging, ontbinding of vernietiging daarvan door de debiteur van de beslagen vorderingen uit de overeenkomst in beginsel niet in de weg.

3 Vgl. Wiarda 1937, p. 328-329 en Van Achterberg 1999, nr. 12

4 Zie art. 6:159 BW

5 Rongen 2002a, p. 281-284

6 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 772-773

7 Zie art. 475h Rv

8 Vgl. ook par. 8.5.2, 8.5.3, 10.5.3.2 hiervóór en par. 12.3 hierna

12.2.1 *Gevolgen van de beëindiging van een overeenkomst voor de pandrechten op de vorderingen uit die overeenkomst*

12.2.1.1 *Gevolgen van ontbinding van de overeenkomst*

341. *Verpande vorderingen gaan teniet.* Door ontbinding van een overeenkomst worden partijen bevrijd van de verbintenissen uit die overeenkomst voor zover deze nog niet zijn nagekomen.⁹ Van verbintenissen die reeds zijn nagekomen vervalt de rechtsgrond voor de nakoming niet, maar ontstaan voor partijen ongedaanmakingsverbintenissen.¹⁰ Voor zover de pandhouder vorderingen uit de ontbonden overeenkomst vóór de ontbinding heeft geïnd, blijft de ontbinding voor hem zonder gevolgen.

Met het door de ontbinding van de overeenkomst tenietgaan van de verbintenissen die nog niet zijn nagekomen, gaan de pandrechten op de vorderingen uit de overeenkomst teniet.

342. *Geen substitutie.* P.A. Stein heeft betoogd dat door substitutie een pandrecht op een vordering tot nakoming van een ongedaanmakingsverbintenis kan ontstaan.¹¹ Naar mijn mening is dit niet zo, omdat zo een vordering van de pandgever die door de ontbinding ontstaat, geen vervanging vormt van een door hem verpande *vordering*. De vordering tot nakoming van de ongedaanmakingsverbintenis houdt uitsluitend verband met een door de pandgever voldane *schuld*. Het is wel mogelijk om de vorderingen van de pandgever tot nakoming van de ongedaanmakingsverbintenissen, eventueel bij voorbaat, (stil) te verpanden.¹²

12.2.1.2 *Gevolgen van opzegging van de overeenkomst*

343. *De verpande vorderingen blijven onaangetast; geen nieuwe vorderingen.* Beëindiging van een overeenkomst door opzegging laat de vorderingen onaangetast die voordat de overeenkomst door opzegging eindigt uit de overeenkomst zijn ontstaan. Wel zullen als gevolg van de beëindiging geen nieuwe vorderingen uit de overeenkomst meer ontstaan. Zo zal de geldige opzegging van een huurovereenkomst de reeds vervallen huurtermijnen onverlet laten, maar het ontstaan van nieuwe huurtermijnen

9 Zie art. 6:269 BW.

10 Zie art. 6:271 BW.

11 Stein 2006 (Vermogensrecht), art. 3:246, aant. 23.4.

12 Vgl. hiervóór par. 8.2-8.3.

verhinderen. Een bij voorbaat op een toekomstige vordering uit de overeenkomst gevestigd pandrecht zal dan ook niet ontstaan.

344. *Verpanding van een schadevordering.* Het is mogelijk dat de opzegging van een overeenkomst de opzeggende partij, op grond van de wet of op grond van de overeenkomst, verplicht tot het betalen van een schadevergoeding. Het is mogelijk om een vordering tot betaling van een dergelijke schadevergoeding bij voorbaat te verpanden. Een dergelijke vordering voldoet aan het voor verpanding van een toekomstige vordering geldende vereiste dat deze rechtstreeks voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding.¹³

345. *Substitutie is mogelijk.* Gelet op de door de wetgever beoogde ruime toepassing van art. 3:229 BW,¹⁴ is het aannemelijk dat een substitutiepand ontstaat op de vordering tot betaling van schadevergoeding, indien de vergoedingsvordering kan worden beschouwd als compensatie voor de (bij voorbaat verpande) vorderingen die als gevolg van de opzegging niet meer zullen ontstaan. Dit is bijvoorbeeld het geval als een huurovereenkomst door de huurder wordt opgezegd. Dat de gesubstitueerde vorderingen veelal toekomstige vorderingen zullen zijn, staat aan het ontstaan van een substitutiepandrecht niet in de weg.

12.2.1.3 Gevolgen van vernietiging van de overeenkomst

346. *De verpande vorderingen gaan teniet.* Vernietiging van een overeenkomst bevrijdt partijen niet alleen van de nog te verrichten prestaties, maar heeft terugwerkende kracht waardoor de rechtsgrond aan de reeds verrichte prestaties ontvalt.¹⁵ Gevolg is dat het reeds betaalde als onverschuldigd betaald kan worden teruggevorderd.^{16,17}

Gevolg van de vernietiging van een overeenkomst voor de pandrechten op de daaruit voortgekomen (bestaande of toekomstige) vorderingen is dat deze pandrechten eindigen.

13 Art 3 239 lid 1 BW, vgl par 8 3 1 hiervóór

14 Zie hiervóór par 11 4

15 Art 3 53 lid 1 BW

16 Art 6 203 e v BW

17 Vgl over (de gevolgen van) vernietiging van een overeenkomst Hammerstein en Vranken 2003, nr. 7-9

347. *Vordering uit onverschuldigde betaling op de pandgever of op de pandhouder?* Het stelsel van de wet houdt in dat degene die onverschuldigd heeft betaald, een vordering tot terugbetaling van het onverschuldigd betaalde heeft op de ontvanger.¹⁸ De pandhouder int de vordering in eigen naam.¹⁹ Betekent dit dat het onverschuldigd betaalde door de debiteur (uitsluitend) kan worden teruggevorderd van de pandhouder en niet van de pandgever?

Voor het geval dat een *derdebeslagene* een beslagen vordering onverschuldigd heeft betaald aan de deurwaarder, zou ik willen verdedigen dat het onverschuldigd betaalde uitsluitend kan worden teruggevorderd van de beslagdebiteur en derhalve niet van de beslaglegger. Een grondslag voor deze uitzondering op de regel dat degene die onverschuldigd heeft betaald een vordering heeft op de ontvanger biedt art. 477b lid 1 Rv. In dit artikel is bepaald dat het aan de deurwaarder betaalde tevens heeft te gelden als een betaling aan de beslagdebiteur. Op grond van een redelijke wetsuitleg mag deze betaling tevens worden aangemerkt als een betaling aan de beslagdebiteur in de in art. 6:203 BW bedoelde zin.²⁰

Daarbij komt nog dat het aan de deurwaarder betaalde, in economische zin, in het vermogen van de beslagdebiteur is gevloeid. Voldoening van de beslaglegger uit het geïnde heeft immers tot gevolg dat de schuld van de beslagdebiteur aan de beslaglegger wordt verlaagd met het bedrag waarvoor de beslaglegger uit het geïnde wordt voldaan. Om deze reden is het ook wenselijk dat de derdebeslagene het onverschuldigd betaalde wel kan terugvorderen van de beslagdebiteur, maar niet van de beslaglegger.

18 Zie art. 6:203 lid 1 BW, Asser/Van der Grinten/Kortmann 2-I 2004, nr. 143 en Asser/Hartkamp 4-III 2006, nr. 332.

19 In dezelfde zin Asser/Van der Grinten/Kortmann 2-I 2004, nr. 143 en Bartels 2004, p. 165; vgl. ook hiervóór par. 6.3.1

20 Zo ook J.J. van Hees in zijn noot onder HR 30 november 2001, JOR 2002/23 (De Jong/Carnifour), Bartels 2004, p. 163-169, Asser/Van der Grinten/Kortmann 2-I 2004, nr. 143 en Verdaas in zijn noot onder HR 24 november 2006, JOR 2006/26 (FIC/Van Lieshout). Laatstgenoemde verdedigt dat de derdebeslagene een vordering uit onverschuldigde betaling heeft tegen de deurwaarder, zolang het door hem betaalde nog onder de deurwaarder berust. Bartels (zie Bartels 2007) heeft later betoogd dat het beroep op art. 477b lid 1 Rv niet opgaat, omdat de Hoge Raad in het arrest FIC/Van Lieshout zou hebben geoordeeld dat deze bepaling alleen een rol speelt bij een verschuldigde betaling. Ik lees dit niet in het arrest, waarin de Hoge Raad art. 477b lid 1 Rv in het geheel niet noemt.

Er is nog een reden waarom dit wenselijk is. De beslaglegger die volgens de wettelijke regels verhaal heeft genomen op de opbrengst van de beslagen vordering, moet er vanuit kunnen gaan dat de zaak gesloten is.²¹

In de wet is niet bepaald dat een betaling van een verpande vordering aan de pandhouder tevens heeft te gelden als een betaling aan de pandgever. In het systeem van de wet ligt wel besloten dat een betaling aan de inningsbevoegde pandhouder de debiteur ook jegens de pandgever bevrijdt.²² Dit is een grondslag om aan te nemen dat degene die onverschuldigd heeft betaald aan de pandhouder een vordering uit onverschuldigde betaling heeft op de pandgever.

Een andere parallel met derdenbeslag is dat het aan de pandhouder betaalde, in economische zin, in het vermogen van de pandgever vloeit. Voldoet de pandhouder zich uit het geïnde, dan heeft dit tot gevolg dat de schuld van de pandgever aan de pandhouder wordt verlaagd met het bedrag waarvoor de pandhouder zich uit het geïnde voldoet. Om deze reden is het wenselijk dat de debiteur het onverschuldigd betaalde vervolgens wel kan terugvorderen van de pandgever, maar niet van de pandhouder. Dit is daarnaast wenselijk omdat de pandhouder, evenals een beslaglegger, er mijns inziens vanuit moet kunnen gaan dat de zaak gesloten is nadat hij zich te goeder trouw uit het geïnde heeft voldaan.

Een redelijke wetsuitleg leidt tot de conclusie dat de betaling aan de pandhouder tevens mag worden aangemerkt als een betaling aan de pandgever in de in art. 6:203 BW bedoelde zin. Aannemelijk is dat, indien een verpande vordering uit een overeenkomst is voldaan aan de pandhouder en deze zich te goeder trouw uit het geïnde heeft voldaan, het onverschuldigd betaalde kan worden teruggevorderd van de pandgever en niet van de pandhouder.²³

348. *Geen substitutiepand.* Op de vorderingen tot terugbetaling van hetgeen door de pandgever reeds is betaald zal geen substitutiepand komen te rusten. De reden hiervoor is dat deze vorderingen niet de verpande *vorderingen* vervangen. Zij houden uitsluitend verband met de door de pandgever voldane *schulden*. Het is mijns inziens wel mogelijk om de vorderingen tot terugbetaling van hetgeen door de pandgever onverschuldigd is gepresteerd, eventueel bij voorbaat, (stil) te verpanden.²⁴

21 Zie Bartels 2004, p. 166.

22 Vgl. par. 3.3.4 hiervóór.

23 In dezelfde zin Asser/Van der Grinten/Kortmann 2-I 2004, nr. 143.

24 Vgl. par. 8.2-8.3 hiervóór.

12.3 Afstand van de vordering

349 *De verpande vordering gaat teniet* Door een tweezijdige rechtshandeling tussen de schuldeiser en de schuldenaar kan een schuldeiser afstand van zijn vorderingrecht doen. De vordering gaat hierdoor teniet.²⁵ De afstand kan om niet of om baat geschieden. Een afstand om niet noemt men ook wel kwijtschelding. De afstand om baat is een afstand tegen een tegenprestatie door de schuldenaar. Die tegenprestatie kan eruit bestaan dat een nieuwe verbintenis van de schuldenaar jegens de schuldeiser of jegens een derde ontstaat.²⁶

350 *Exclusieve bevoegdheid van de pandgever* Naar geldend recht is de pandgever exclusief bevoegd tot het doen van afstand van een verpande vordering. Uit de wetsgeschiedenis blijkt ondubbelzinnig dat kwijtschelding (afstand om niet) exclusief aan de pandgever is voorbehouden.²⁷ Uit de overige in de wetsgeschiedenis exclusief aan de pandgever voorbehouden rechten, zoals het recht om een verbintenis tot nakoming om te zetten in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding, volgt mijns inziens dat de wetgever bedoeld heeft ook het doen van afstand om baat een exclusieve bevoegdheid van de pandgever te doen zijn.²⁸

351 *Discussie* Doet de pandgever afstand van de verpande vordering, dan kan de pandhouder daardoor worden benadeeld. Denkbaar is daarnaast dat de pandgever door het doen van afstand jegens de pandhouder toerekenbaar tekortschiet omdat hij met de pandgever is overeengekomen dat hij geen afstand van de verpande vordering zal doen. Tevens is het mogelijk dat de pandgever die afstand doet van de verpande vordering daardoor onrechtmatig handelt jegens de pandhouder. Voorstelbaar is ook dat de debiteur jegens de pandhouder onrechtmatig handelt indien hij de afstand om niet of tegen een te geringe tegenprestatie aanvaardt, indien hij met het pandrecht bekend is. Noch de benadeling van de pandhouder, noch het toerekenbaar tekortschieten van de pandgever of het onrechtmatig handelen van de pandgever of de debiteur maakt de afstand ongeldig jegens de pandhouder. Is de afstand om niet geschied, of weet de debiteur dat de pandhouder erdoor benadeeld wordt, dan bestaat in ieder geval de

25 Art. 6:160 lid 1 BW

26 Zie Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 613-619

27 Parl. Gesch. Boek 3, p. 772-773

28 Parl. Gesch. Boek 3, p. 772-773. In dezelfde zin Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 619

mogelijkheid dat de pandhouder de afstand met een beroep op de pauliana vernietigt.²⁹

Met Rongen meen ik dat de pandhouder een verdergaande bescherming geniet. Door afstand van zijn vordering te doen, beschikt de pandgever daarover in goederenrechtelijke zin. Zo een beschikking kan aan de pandhouder met een ouder recht op de vordering niet worden tegengeworpen, tenzij deze met de afstand heeft ingestemd. Rongen betoogt daarnaast dat de verpanding, evenals een beslag,³⁰ fixerend werkt. De ratio van de fixerende werking van een beslag, het veiligstellen van de verhaalsmogelijkheden van de beslaglegger, zou in dezelfde mate voor de pandhouder gelden. Anders dan Rongen meen ik dat aan een pandrecht op een vordering deze fixerende werking eerst toekomt vanaf het moment dat daarvan mededeling is gedaan aan de schuldenaar.³¹ Met Rongen meen ik echter dat afstand van een vordering, behoudens een geslaagd beroep op derdenbescherming door de schuldenaar, ook niet aan de pandhouder kan worden tegengeworpen als het pandrecht op het moment waarop afstand wordt gedaan nog een stil pandrecht is, om de genoemde reden dat het doen van afstand het oudere goederenrechtelijke recht van de pandhouder in beginsel onaangetast laat.

352. *Bescherming van de schuldenaar te goeder trouw.* De schuldenaar aan wie het pandrecht nog niet was medegedeeld en die bij het overeenkomen van afstand van de vordering te goeder trouw was, zal de afstand aan de pandhouder kunnen tegenwerpen. Door de afstand is het pandrecht dan met de vordering tenietgegaan. Goede trouw moet in dit verband worden opgevat als niet bekend zijn en niet bekend behoren te zijn met het pandrecht. Grondslag voor deze bescherming van de schuldenaar is in ieder geval de redelijkheid en billijkheid. Daarnaast ligt analogische toepassing van art. 6:34 BW in de rede. In dit artikel is, kort gezegd, bepaald dat de schuldenaar die heeft betaald aan iemand die niet bevoegd was de betaling te ontvangen, bevrijdend heeft betaald als hij op redelijke gronden heeft aangenomen dat zijn betaling bevrijdend zou zijn. Gewezen kan ook worden op het uitgangspunt dat de juridische positie van de debiteur door de verpanding van de vordering op hem in beginsel niet noemenswaardig mag verslechteren.³²

29 Art. 3:45 BW. In de wetsgeschiedenis wordt nadrukkelijk op deze mogelijkheid gewezen: Parl. Gesch. Boek 3, p. 773. Vgl. ook Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 619.

30 Art. 475h lid 1 Rv.

31 Rongen 2002a, p. 282-284. Zie ook hiervóór par. 8.5 2-8 5.3, 10 5 3 2 en 12.2.

32 In dezelfde zin Rongen 2002a, p. 285-288.

Opgemerkt zij tot slot dat noch de verpanding, noch de openbaarmaking van een pandrecht er aan in de weg staat dat de schuldenaar gebruik maakt van een door hem met de pandgever vóór de verpanding overeengekomen recht om zich van de overeengekomen prestatie te bevrijden of deze te wijzigen. De verklaring hiervoor is dat zowel de verpanding als de openbaarmaking van het pandrecht geen wijziging van de overeenkomst of de daaruit voortkomende vordering tot gevolg (kunnen) hebben.³³

353. *Afstand door de pandhouder?* Zou de pandhouder afstand om niet kunnen doen, dan zou dat in strijd zijn met het uitgangspunt dat de uitoefening van een recht door de pandhouder het doel van het pandrecht moet dienen, het nemen van verhaal met voorrang op de verpande vordering. Het is dan ook onwenselijk dat de pandhouder tot het doen van afstand om niet bevoegd zou zijn.

Voor een afstand om baat zou dit anders kunnen zijn. Denkbaar is dat de vordering die door de afstand tenietgaat, wordt vervangen door een andere vordering van de pandgever op de schuldenaar waarop een pandrecht van de pandhouder rust krachtens substitutie. Dit is het geval indien de nieuwe vordering is te beschouwen als een vordering tot vergoeding die in de plaats van de verpande vordering treedt. Gedacht kan worden aan een vordering tot levering van een goed die wordt gewijzigd in een vordering tot betaling van een geldsom. In dat geval zou uitoefening door de pandhouder van de bevoegdheid om van de vordering afstand om baat te doen wel in overeenstemming kunnen zijn met het uitgangspunt dat het doel van het pandrecht erdoor gediend wordt.

Het aan de pandhouder toekennen van het recht om afstand om baat te doen zou echter niet in overeenstemming zijn met het uitgangspunt dat de uitoefening ervan uitsluitend gevolgen mag hebben voor de verpande vordering en de rechten en plichten van de pandgever overigens niet mag raken. Zou de vordering waarvan door de pandhouder afstand is gedaan, worden vervangen door een andere vordering van de pandgever op de debiteur, dan zou de pandgever een recht opgedrongen krijgen, hetgeen niet wenselijk is.

Daar komt nog bij dat het doen van afstand van een vordering niet als een beheersdaad valt aan te merken. Door afstand van een vordering te doen wordt daarover beschikt.

33 Vgl. Rongen 2002a, p. 285.

12.4 Het overeenkomen van wijzigingen van de vordering

354. *Inleidende opmerkingen.* Een vordering uit een overeenkomst kan worden gewijzigd door een (nadere) overeenkomst tussen de schuldenaar en de schuldeiser. Ook is wijziging van een vordering mogelijk door de uitoefening van een wettelijke bevoegdheid of van een eerder overeengekomen wilsrecht. In deze paragraaf wordt onderzocht of een wijziging van de vordering door een overeenkomst van de pandgever met de schuldenaar aan de pandhouder kan worden tegengeworpen. Eerst wordt onderzocht of de genoemde bevoegdheden tot wijziging van de vordering door de inningsbevoegde pandhouder kunnen worden uitgeoefend. De wijziging van een vordering door de uitoefening van een wettelijke bevoegdheid of een overeengekomen wilsrecht wordt behandeld in paragraaf 12.5.

355. *Een exclusieve bevoegdheid van de pandgever.* Naar geldend recht komt de bevoegdheid om wijzigingen van de vordering overeen te komen exclusief aan de pandgever toe, ook indien de pandhouder inningsbevoegd is. Het betreft een bevoegdheid die de pandgever diepgaand kan treffen.³⁴

Dit is niet de enige reden waarom een bevoegdheid tot wijziging van een verpande vordering aan de pandgever en niet aan de pandhouder toekomt. De pandhouder is geen partij bij de overeenkomst waar de vordering uit is of kan ontstaan en is niet de rechthebbende van die vordering. Hij kan noch een wijziging van die overeenkomst, noch een wijziging van de vordering met 'werking' jegens de pandgever overeenkomen met de wederpartij van de pandgever.

356. *Tegenwerpen aan de pandhouder?* Mijns inziens moet tot uitgangspunt worden genomen dat een wijziging van een verpande vordering, als gevolg van een wijziging van de overeenkomst tussen de pandgever en de debiteur, in beginsel door de pandgever en de debiteur aan de pandhouder kan worden tegengeworpen. Het nadeel dat de pandgever en de debiteur zouden kunnen leiden door het de facto blokkeren van hun rechten om hun overeenkomst te wijzigen, weegt niet op tegen het voordeel dat de pandhouder hierbij zou kunnen hebben. Bovendien zou het niet logisch en niet consistent zijn als de pandgever en de debiteur, zoals hier-

34 Vgl. hetgeen hiervóór in par. 12.2 is gezegd over bevoegdheden tot beëindiging van de overeenkomst, alsmede Parl. Gesch. Boek 3, p. 772-773.

vóór verdedigd,³⁵ wel de beëindiging, maar niet een wijziging van hun overeenkomst aan de pandhouder zouden mogen tegenwerpen. Onder omstandigheden zal de pandhouder die door een wijziging van de overeenkomst wordt benadeeld daartegen kunnen ageren, bijvoorbeeld met een beroep op de pauliana.³⁶

Een uitzondering zou ik willen aannemen voor wijzigingen die, naar de gevolgen daarvan, kunnen worden gelijkgesteld met het doen van gehele of gedeeltelijke afstand, door de pandgever, van de verpande vordering(en) uit de overeenkomst; zie hetgeen hiervóór, in paragraaf 12.3, is opgemerkt over de mogelijkheid om afstand van een vordering aan de pandhouder tegen te werpen.

Dezelfde uitzondering zou ik willen aannemen voor inbetalinggeving,³⁷ die onder het huidige recht weliswaar niet als een afstand van de vordering tot betaling van de oorspronkelijk verschuldigde prestatie wordt gezien, maar die daar in zoverre mee gelijk kan worden gesteld dat de schuldenaar van de oorspronkelijk door hem verschuldigde prestatie wordt bevrijd.³⁸

12.4.1 Gevolgen van het overeenkomen van een wijziging van de vordering

357. *Pandrecht op de gewijzigde of de nieuwe vordering?* Wordt een vordering gewijzigd en kan de wijziging aan de pandhouder worden tegengeworpen, dan rijst de vraag of het op de vordering gevestigde pandrecht op de gewijzigde vordering rust. Dit is het geval als nog van dezelfde vordering kan worden gesproken. Of dat zo is moet aan de hand van uitleg van de oorspronkelijke overeenkomst en de overeengekomen wijziging worden vastgesteld. Denkbaar is een zó ingrijpende wijziging van de overeenkomst dat een verpande (toekomstige) vordering tenietgaat, een lot dat dan ook het pandrecht treft.

Of in dat geval op grond van de eerdere verpanding (bij voorbaat) een pandrecht op een eventuele nieuwe vordering ontstaat, is afhankelijk van de vraag of deze vordering eerder bij voorbaat is verpand. Dit moet worden vastgesteld door uitleg van de titel van verpanding en van de pandakte.³⁹ Op de nieuwe vordering zal geen substitutiepand rusten,

35 Zie par. 12.2 hiervóór.

36 Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 772-773. Zie ook hiervóór par. 12.2.

37 Art. 6:45 BW

38 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 183 en Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 625.

39 Zie hierover hoofdstuk 7.

omdat het geen vordering tot vergoeding van (de waardevermindering van) de oorspronkelijk verpande vordering zal zijn.⁴⁰

12.5 Uitoefening van wettelijke bevoegdheden en van overeengekomen wilsrechten

358. *Inleidende opmerkingen.* Op grond van de wet of van hetgeen een crediteur en een debiteur zijn overeengekomen kan aan de crediteur van een vordering een aantal bevoegdheden tot wijziging van de vordering toekomen. Wordt een vordering verpand en is van de verpanding mededeling gedaan aan de debiteur, dan kan de vraag rijzen of deze bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend door de pandgever, door de inningsbevoegde pandhouder of door hen beiden. In deze paragraaf wordt die vraag onderzocht voor een aantal bevoegdheden die kunnen toekomen aan een crediteur.

Opmerking verdient dat in het geval dat zo een bevoegdheid door de pandgever kan worden uitgeoefend, de pandhouder aan de uitoefening door de pandgever zowel jegens de pandgever als jegens de debiteur gebonden zal zijn.

12.5.1 Omzetting van een vordering tot nakoming in een vordering tot schadevergoeding

359. *Exclusieve bevoegdheid van de pandgever.* Een voorbeeld van een wettelijke bevoegdheid tot wijziging van een vordering is de bevoegdheid om een vordering tot nakoming om te zetten in een vordering tot vervangen-de schadevergoeding.⁴¹ Aangenomen moet worden dat deze bevoegdheid niet door de pandhouder kan worden uitgeoefend.⁴² Voor deze bevoegdheid geldt dat door uitoefening ervan de rechtspositie van de schuldeiser wordt gewijzigd en dat de pandhouder daartoe zonder een wettelijke grondslag niet bevoegd is. Zo een wettelijke grondslag is er niet. Bovendien is bij de parlementaire behandeling van art. 3:246 BW expliciet door de minister overwogen dat deze bevoegdheid niet aan de pandhouder toekomt.⁴³

40 Art 3:229 BW; vgl ook par. 11.4 hiervóór.

41 Art. 6:87 BW

42 Vgl. Stein 2006 (Vermogensrecht), art 3:246, aant. 23.4.

43 Parl. Gesch. Boek 3, p. 772-773.

360. *Wenselijk recht?* Nadat de pandhouder inningsbevoegd is geworden, is hij tot het vorderen van nakoming van de vordering bevoegd, met uitsluiting van de pandgever.⁴⁴ Het ligt in de rede om de pandhouder de bevoegdheid te geven ook de volgende stappen in het 'niet-nakomings-traject' te geven. De wetgever heeft dit in zoverre gedaan dat de inningsbevoegde pandhouder bevoegd is nakoming in rechte te vorderen. Deze inningsbevoegdheid impliceert naar mijn mening dat de pandhouder bevoegd is de schuldenaar in gebreke te stellen.⁴⁵ Hierbij past dat de hoogst gerangschikte openbaar pandhouder ook bevoegd is de vordering tot nakoming om te zetten in een vordering tot betaling van vervangende schadevergoeding.

Echter, door omzetting van een verbintenis tot nakoming in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding verliest de schuldeiser in principe de mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden.⁴⁶ Zou de pandhouder bevoegd zijn tot omzetting van de verbintenis tot nakoming in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding, dan zou hij niet alleen de verpande vordering wijzigen, maar tevens invloed uitoefenen op andere rechten en plichten die de pandgever heeft op grond van de overeenkomst waaruit de vordering voortvloeit. Dat zou in strijd zijn met het uitgangspunt dat uitoefening van een bevoegdheid door de pandhouder geen ruimer bereik mag hebben dan de verpande vordering.

Dat een inningsbevoegde pandhouder niet bevoegd is een vordering tot nakoming om te zetten in een vordering tot vervangende schadevergoeding is niet alleen geldend, maar ook wenselijk recht.

361. *Substitutie.* De houder van een pandrecht op een vordering die wordt omgezet in een vordering tot schadevergoeding, verkrijgt in beginsel door substitutie een pandrecht op de vordering tot vervangende schadevergoeding. De pandhouder heeft in beginsel op zo een vordering een pandrecht doordat deze vordering de verpande vordering substitueert.

Ook kan op een dergelijke vordering (bij voorbaat) een pandrecht worden gevestigd, ook reeds vóórdat de pandgever zijn vordering tot nakoming in een vordering tot schadevergoeding heeft omgezet.⁴⁷

44 Art. 3:246 lid 1 BW.

45 Art. 6:82 lid 1 BW.

46 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1256.

47 Zie hiervóór par. 8.2-8.3.

12.5.2 Beroep op een boetebeding

362. *Exclusieve bevoegdheid van de pandgever.* Ook het doen van een beroep op een boetebeding is een recht dat exclusief aan de pandgever toekomt.⁴⁸ Het is een recht dat de pandgever heeft als partij bij de overeenkomst en niet, of althans niet uitsluitend, als crediteur van de uit de overeenkomst voortvloeiende vordering. Om die reden komt het niet toe aan de pandhouder. Omdat het doen van een beroep op een boetebeding voor de pandgever verdergaande gevolgen heeft dan voor zijn recht als crediteur van de verpande vordering, is het ook niet wenselijk dat de pandhouder een beroep op een boetebeding zou kunnen doen.

De vordering uit hoofde van een boetebeding strekt tot vergoeding van de schade van de pandgever. De pandhouder die een pandrecht had op de vordering die door de vordering tot betaling van een boete is gesubstitueerd, heeft een substitutiepandrecht op de boetevordering.⁴⁹

12.5.3 Het opeisbaar maken van een vordering

363. *Opzegging.* In de overeenkomst waaruit een vordering voortkomt, kan zijn bepaald dat de vordering door de schuldeiser opeisbaar kan worden gemaakt doordat deze een wilsrecht uitoefent. Aan de schuldeiser kan bijvoorbeeld het recht tot opzegging van de vordering zijn toegekend. Het bestaan van het opzeggingsrecht kan aan voorwaarden onderworpen zijn. Een voorbeeld is de bepaling dat de schuldeiser de vordering door opzegging opeisbaar kan maken indien de voorwaarde vervuld is dat de debiteur gedurende een termijn van 30 dagen in verzuim is voor wat betreft de betaling van de verschuldigde rente.

Naar geldend recht komt de mogelijkheid om een vordering door opzegging opeisbaar te maken met uitsluiting van de overige pandhouders aan de hoogst gerangschikte openbaar pandhouder toe.⁵⁰ Uit de tekst van art. 3:246 lid 2 BW lijkt te volgen dat de bevoegdheid na mededeling van het pandrecht (behoudens toestemming van de kantonrechter of de pandhouder⁵¹) niet langer door de pandgever kan worden uitgeoefend.⁵² Dat de pandgever de vordering nog opzegt lijkt mij echter niet bezwaarlijk.

48 Zo ook Stein 2006 (Vermogensrecht), art. 3:246, aant. 23.5.

49 Vgl. art. 6:92 lid 2 BW. Zo ook Stein 2006 (Vermogensrecht), art. 3:246, aant. 23.5. Zie ook hiervóór par. 11.4.

50 Art. 3:246 lid 3 BW.

51 Zie lid 4 van art. 3:246 BW.

52 Zo begrijp ik ook Stein 2006 (Vermogensrecht), art. 3:246, aant. 23.2.

In de wet is bepaald dat de pandgever en de pandhouder jegens elkaar van de opzeggingsbevoegdheid geen nodeloos gebruik mogen maken. Deze bepaling lijkt een uitdrukking te zijn van de ook voor de uitoefening van andere rechten geldende algemene regels, zoals de regel dat rechtsverhoudingen worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Zo zal de uitoefening van de opzeggingsbevoegdheid ook jegens de debiteur in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid moeten zijn. Voorstelbaar is ook, dat de pandgever op grond van de redelijkheid en billijkheid tegenover de stil pandhouder gehouden is van zijn opzeggingsbevoegdheid gebruik te maken als hij kan voorzien dat de solvabiliteit van de debiteur verslechtert. Zoals eerder aangekondigd, blijft de toepassing van dergelijke algemene regels buiten beschouwing.⁵³

Dat (ook) de inningsbevoegde pandhouder bevoegd is een recht tot opzegging van een vordering uit te oefenen is mijns inziens in overeenstemming met het wenselijke recht. De opzegging heeft uitsluitend gevolgen voor de verpande vordering, is te beschouwen als een beheersdaad en is geen persoonlijk recht van de pandgever. Ook is de uitoefening van het opzeggingsrecht door de openbaar pandhouder in overeenstemming met het doel van het pandrecht, verhaald door de pandhouder op de verpande vordering.

364. *Andere bevoegdheden om een vordering opeisbaar te maken.* Denkbaar is dat de vordering op een andere wijze dan door opzegging ervan opeisbaar kan worden gemaakt. In welke gevallen het recht om de vordering anders dan door opzegging ervan opeisbaar te maken naar geldend recht (mede) aan de inningsbevoegde pandhouder toekomt is onduidelijk. Of het recht aan de pandhouder toekomt, zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld.

Heeft uitoefening van het recht met betrekking tot de verpande vordering(en) uitsluitend gevolgen voor die vordering(en), is het geen recht dat de positie van de pandgever ingrijpend wijzigt én is het geen persoonlijk recht van de pandgever, dan is uitoefening ervan door de pandhouder in overeenstemming met de aan het begin van dit hoofdstuk geformuleerde uitgangspunten. In dat geval is aannemelijk dat het recht voor wat betreft de verpande vordering(en) door de inningsbevoegde pandhouder kan worden uitgeoefend. Een recht dat er toe strekt een vor-

53 Zie hiervoor par 14. Zie voor enkele voorbeelden van situaties waarin gebruikmaking van de bevoegdheid tot opzegging van de vordering in strijd zou kunnen zijn met de regel dat van die bevoegdheid geen nodeloos gebruik gemaakt mag worden Reehuis 1987, nr 384.

dering opeisbaar te maken, is immers bij uitstek een recht dat direct in verband staat met de inning ervan.

Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de bepaling in een overeenkomst van geldlening dat de vordering opeisbaar wordt indien, een beëdigd taxateur op verzoek van de schuldeiser verklaart dat de waarde van een object waarop als zekerheid voor de betaling van de vordering een pand- of hypotheekrecht is gevestigd lager is dan een bepaald bedrag. Het recht om het betreffende object te laten taxeren, komt mijns inziens aan de inningsbevoegde houder van een pandrecht op de vordering uit de overeenkomst van geldlening toe, tenzij het beding zo moet worden uitgelegd dat het een recht is dat uitsluitend door de schuldeiser-pandgever kan worden uitgeoefend, hetgeen bij dit voorbeeld niet voor de hand ligt. Dat dit recht kan worden uitgeoefend door de pandhouder, hoeft er niet aan in de weg te staan dat dit wordt uitgeoefend door de pandgever; bezwaarlijk lijkt mij dat niet.

Kan de vordering opeisbaar worden gemaakt door de uitoefening van een (wils)recht dat niet of niet alleen betrekking heeft op de uit de overeenkomst voortvloeiende vordering(en), maar ook op andere onderdelen van de overeenkomst of zelfs de gehele overeenkomst, dan is het wenselijk dat de pandgever exclusief bevoegd blijft dit recht uit te oefenen. Wordt een verpande vordering bijvoorbeeld opeisbaar indien de schuldeiser gebruik maakt van een recht om aandelen in het kapitaal van de debiteur te kopen, dan komt dit recht niet voor uitoefening door de pandhouder in aanmerking.

Een ander voorbeeld van een recht om een vordering opeisbaar te maken, is het recht om een beroep te doen op een bankgarantie. Door uitoefening van deze 'claimbevoegdheid' wordt de vordering van de begunstigde op de bank, die door het stellen van de bankgarantie is ontstaan, opeisbaar. Het opeisbaar maken van een vordering uit een bankgarantie wordt behandeld in een separate paragraaf (paragraaf 12.9.1). Voor die afzonderlijke behandeling is gekozen omdat een pandrecht op een vordering waarvoor een bankgarantie is gesteld alsook een pandrecht op een vordering uit een bankgarantie nog een aantal andere vragen oproept.

365. *Conclusie: geen wetswijziging.* Het is onduidelijk of hetgeen in de vorige paragrafen is geschreven over de bevoegdheden om de vordering opeisbaar te maken, niet zijnde de in de wet opgenomen mogelijkheid om een vordering door opzegging opeisbaar te maken, het geldende recht weergeeft. Het is aannemelijk dat een redelijke wetsuitleg tot de conclusie leidt dat dit zo is, omdat de wetgever met de in art. 3:246 lid 2 BW opgenomen bepaling dat de inningsbevoegde pandhouder bevoegd is de vor-

dering door opzegging opeisbaar te maken, bedoeld zal hebben dat een vordering die op een eenvoudige wijze opeisbaar kan worden gemaakt, in beginsel op die wijze door de hoogst gerangschikte openbaar pandhouder, met uitsluiting van de andere pandhouders, opeisbaar kan worden gemaakt.

Geconcludeerd mag worden dat de inningsbevoegde pandhouder, met uitsluiting van de andere pandhouders, bevoegd is een recht uit te oefenen waardoor een verpande vordering opeisbaar kan worden gemaakt tenzij (i) de uitoefening van een dergelijk recht voor de pandgever gevolgen heeft met een ruimer bereik dan de verpande vordering of (ii) ingrijpende gevolgen heeft voor de pandgever of (iii) het recht van de pandgever op grond van de wet, naar zijn aard of op grond van een overeenkomst als een uitsluitend door de pandgever uit te oefenen recht moet worden aangemerkt. In het algemeen zal ook de pandgever tot de uitoefening van een dergelijk recht bevoegd blijven.

12.5.4 Uitoefening van andere wilsrechten

366. *Geldend recht: exclusieve bevoegdheid van de pandgever.* In een overeenkomst kunnen velerlei wilsrechten zijn opgenomen. Naar huidig recht moet worden aangenomen dat de uitoefening van dergelijke wilsrechten, niet zijnde rechten door de uitoefening waarvan de verpande vordering opeisbaar kan worden gemaakt, aan de pandgever is voorbehouden, nu een wettelijke grondslag voor uitoefening van deze wilsrechten van de pandgever door de pandhouder ontbreekt.⁵⁴

Een uitzondering vormen de rechten van de houder van een pandrecht op de vorderingen uit een overeenkomst van levensverzekering om de levensverzekering te doen afkopen en om de begunstiging te wijzigen ten behoeve van de verzekeringnemer. Deze rechten heeft de pandhouder op grond van art. 7:984 BW.

367. *Wenselijk recht?* Heeft de uitoefening van dergelijke wilsrechten door de crediteur van één of meer vorderingen uit de overeenkomst niet alleen gevolgen voor de vordering(en) uit die overeenkomst, maar ook voor andere uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en plichten, kan de uitoefening van het wilsrecht er toe leiden dat de juridische positie van de debiteur noemenswaardig verslechtert, beïnvloedt de uitoefening van het wilsrecht de positie van de pandgever ingrijpend of is het wilsrecht

54 Vgl. Stein 2006 (Vermogensrecht), art. 3:246, aant. 23.6.

een persoonlijk recht van de pandgever dan is het mijns inziens ook ongewenst dat het recht door een pandhouder kan worden uitgeoefend. Van een drietal wilsrechten zal hierna worden gezien of het geldende recht in overeenstemming is met het wenselijke recht.

12.5.4.1 Aanwijzing van een begunstigde van een levensverzekering

368 *Aanwijzing van de pandhouder als begunstigde* Een in de praktijk veel voorkomend geval is het recht van een verzekeringnemer om de begunstigde van een vordering op een verzekeraar uit hoofde van een overeenkomst van levensverzekering aan te wijzen.⁵⁵ De vordering van de begunstigde op de verzekeraar is niet belast met de pandrechten op de vorderingen van de verzekeringnemer op de verzekeraar. Om die reden wenst de pandhouder in de praktijk als (eerste) begunstigde te worden aangewezen. Teneinde de pandhouder in staat te stellen zich op de uitkering aan de begunstigde te verhalen, pleegt men in de praktijk de pandhouder door de verzekeringnemer als (eerste) begunstigde aan te laten wijzen en/of aan de pandhouder een onherroepelijke volmacht tot aanwijzing van een begunstigde te verlenen, zodat de pandhouder zichzelf als begunstigde kan aanwijzen.⁵⁶

Is de begunstiging door de pandgever nog niet onherroepelijk, dan kan de pandhouder de pandgever als begunstigde aanwijzen.⁵⁷ De vordering van de begunstigde is dan belast met een pandrecht, indien de vorderingen van de verzekeringnemer op de verzekeraar zijn verpand.

In de praktijk lijkt de geschetste werkwijze te voldoen. Er is dan ook geen aanleiding om aan de pandhouder een eigen bevoegdheid tot het aanwijzen van een begunstigde toe te kennen.

12.5.4.2 Renteherziening

369 *Exclusieve bevoegdheid van de pandgever?* In een overeenkomst van geldlening wordt door de schuldeiser vaak bedongen dat hij het rentepercentage kan herzien. Dit recht is in veel gevallen aan nadere voorwaarden onderworpen, zoals de voorwaarde dat het rentepercentage eerst na ommekomst van een zekere termijn kan worden gewijzigd. Zijn de vorderingen uit een dergelijke overeenkomst verpand, dan zal veelal

55 Zie art. 7:966 e.v. BW.

56 Vgl. Stein 2006 (Vermogensrecht), art. 3:246, aant. 23.7. Hierover ook Asbreuk-van Os 1992.

57 Zie art. 7:984 BW.

ook een pandrecht rusten op de vordering tot betaling van nog te verschijnen rentetermijnen.⁵⁸ Is dat het geval op het moment waarop het rentepercentage kan worden herzien en is de pandhouder inningsbevoegd, dan rijst de vraag of het recht op renteherziening kan worden uitgeoefend door de pandgever of de pandhouder.

Het recht op renteherziening heeft geen invloed op de inning van de rentevordering, noch op de inning van de vordering tot betaling van de hoofdsom; om de vordering te kunnen innen heeft de pandhouder de bevoegdheid tot herziening van het rentepercentage niet nodig. Renteherziening heeft wel gevolgen voor de debiteur van de vordering en voor de pandgever. De omvang van hun schuld, respectievelijk vordering, houdt rechtstreeks verband met de hoogte van het geldende rentepercentage. Om deze redenen is het mijns inziens niet wenselijk dat de inningsbevoegde pandhouder bevoegd zou zijn om het rentepercentage van een vordering te herzien.

12.5.4.3 Het keuzerecht in geval van een alternatieve verbintenis

370. *Termijnstelling door de pandhouder aan de pandgever.* Is de op de schuldenaar van een vordering rustende verbintenis een alternatieve verbintenis waarbij de keuze terzake van de te leveren prestatie door de schuldeiser kan worden gemaakt, dan gaat deze bevoegdheid in geval van overgang van de vordering over op de verkrijger van de vordering.⁵⁹ Onduidelijk is of dit keuzerecht naar geldend recht aan de inningsbevoegde pandhouder toekomt.

In art. 6:19 lid 3 BW is bepaald dat de pandhouder in geval van executie van het pandrecht de pandgever een redelijke termijn kan stellen waarbinnen hij zijn keuze moet maken. Maakt de pandgever binnen die termijn geen keuze, dan gaat de keuzebevoegdheid over op de pandhouder. Hoewel in deze bepaling uitsluitend van executie van de vordering wordt gerept, is aannemelijk dat de in het artikel opgenomen bevoegdheden van de pandhouder ook toekomen aan de pandhouder die de vordering niet wil executeren, maar deze wil innen.⁶⁰

58 Noodzakelijk is dit niet: op een vordering tot betaling van een hoofdsom kan een pandrecht worden gevestigd zonder dat tevens de vordering tot betaling van rente aan dezelfde pandhouder wordt verpand. Ook is het mogelijk om een rentevordering afzonderlijk te verpanden; zie hierna par. 12.6.4.

59 Parl. Gesch. Boek 6, p. 528.

60 In dezelfde zin Valk 2007 (T&C Vermogensrecht), art. 6:19 BW, aant. 4.

371 *Geen wetswijziging* Hoewel dit niet steeds het geval hoeft te zijn, zal een keuzerecht terzake van een alternatieve verbintenis de rechtspositie van de pandgever zo diepgaand kunnen beïnvloeden dat van een beheersdaad geen sprake meer is. De regeling van art. 6:19 lid 3 BW laat de keuze in beginsel aan de pandgever, maar voorkomt dat de pandhouder de vordering niet kan innen nu hij bij het uitblijven van een keuze van de pandgever diens keuzerecht kan uitoefenen. Deze regeling doet recht aan de belangen van zowel de pandgever als de pandhouder, zodat ik geen reden zie om deze regeling te wijzigen.

12:544 Het geldende recht is tevens het wenselijke recht.

372 *Geen uitoefening door de pandhouder* Voorbeelden van wilsrechten, anders dan de in paragraaf 12:53 behandelde rechten om een vordering opeisbaar te maken, waarvan de uitoefening door de pandhouder in overeenstemming zou zijn met de hiervóór geformuleerde uitgangspunten, zijn er naar mijn waarneming niet. Resumerend zijn deze uitgangspunten dat (i) het recht is te beschouwen als een recht waarvan de uitoefening slechts gevolgen heeft voor de verpande vordering, (ii) de uitoefening van het wilsrecht niet kan leiden tot een noemenswaardige verslechtering van de juridische positie van de debiteur, (iii) het een recht is waarvan de uitoefening is te beschouwen als een beheersdaad en (iv) het een recht is dat geen persoonlijk recht van de pandgever is. Er is geen aanleiding voor een wetswijziging waardoor een inningsbevoegde pandhouder wilsrechten van de pandgever zou kunnen uitoefenen die niet enkel betrekking hebben op de opeisbaarheid van de vordering.

12.6 Afhankelijke zekerheidsrechten en nevenrechten

12:61 Inleidende opmerkingen

373 *Afhankelijke zekerheidsrechten* Aan een vorderingsrecht kunnen afhankelijke rechten verbonden zijn.⁶¹ De afhankelijke zekerheidsrechten die aan een vordering verbonden kunnen zijn, zijn pand, hypotheek en borgtocht.⁶² Een van een vordering afhankelijk zekerheidsrecht versterkt het recht op nakoming van de schuldeiser. De schuldeiser kan voldoening van de vordering afdwingen door uitoefening van deze rechten indien

61 Vgl. art. 3:7 BW.

62 Parl. Gesch. Boek 3, p. 91-92.

vrijwillige nakoming door de debiteur uitblijft. De pandhouder die de vordering wenst te innen heeft er belang bij deze rechten te kunnen uitoefenen zoals de schuldeiser dat kan.

In de literatuur bestaat verdeeldheid over de vraag of ook voorrechten afhankelijke rechten zijn.⁶³ De vraag of de inningsbevoegde pandhouder zich kan beroepen op aan een vordering verbonden voorrechten blijft in deze paragraaf buiten beschouwing; zie hierover paragraaf 12.7.

374. *Plan van behandeling.* De in deze paragraaf te onderzoeken vraag is of en zo ja op grond waarvan de inningsbevoegde pandhouder gerechtigd is om de van de verpande vordering afhankelijke zekerheidsrechten uit te oefenen. In dat onderzoek worden betrokken het systeem van de wet, de wetsgeschiedenis en een vergelijking met de bevoegdheden van een beslaglegger om van de beslagen vordering afhankelijke zekerheidsrechten uit te oefenen.

Afhankelijke zekerheidsrechten zijn tevens nevenrechten. Er zijn meer nevenrechten dan pand, hypotheek en borgtocht. In algemene zin wordt, in paragraaf 12.6.4, slechts kort stilgestaan bij de vraag of de inningsbevoegde pandhouder deze andere mogelijk aan een verpande vordering verbonden nevenrechten kan uitoefenen. De reden hiervoor is dat het gegeven dat een recht een nevenrecht is wel van belang kan zijn voor het antwoord op de vraag of het door de inningsbevoegde pandhouder kan worden uitgeoefend, maar daarvoor niet doorslaggevend is. In andere paragrafen van dit hoofdstuk wordt voor een aantal rechten van de crediteur van een vordering, waaronder een aantal nevenrechten, onderzocht of dit rechten zijn die door de inningsbevoegde houder van een pandrecht op een vordering kunnen worden uitgeoefend.

12.6.2 *Afhankelijke zekerheidsrechten*

12.6.2.1 Het wettelijk systeem

375. *Geen overgang op de pandhouder.* Veel auteurs namen reeds voordat de Hoge Raad het arrest Rabo/Erven Hengstmengel c.s.⁶⁴ wees aan, dat

63 Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr 49 acht voorrechten geen afhankelijke rechten omdat voorrechten geen vermogensrechten zijn. Ook Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr 563-564 lijkt hier vanuit te gaan. Anders Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr 8 en Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr 274.

64 HR 11 maart 2005, JOR 2005/131 m nt SCJJK, NJ 2006, 362 m nt H J Snijders, JIN 2005/162 m nt A I M van Mierlo, JBPr 2006/2 m nt AvH. Zie over dit arrest hierna par 12.6.2.3.

een inningsbevoegde pandhouder gerechtigd is een van de verpande vordering afhankelijk zekerheidsrecht uit te oefenen. Veelal verklaren zij deze 'overgang' van het afhankelijke zekerheidsrecht op de pandhouder door de vestiging van een pandrecht op een vordering als een gedeeltelijke overdracht van die vordering voor te stellen.⁶⁵ Deze voorstelling van zaken is mijns inziens weinig gelukkig. Noch door de vestiging van een stil pandrecht op een vordering, noch door het inningsbevoegd worden van de pandhouder wordt de pandhouder rechthebbende van de verpande vordering.⁶⁶ Gevolg hiervan is dat aan de te verpanden vordering verbonden afhankelijke rechten niet overgaan op de pandhouder op grond van de wettelijke bepalingen waarin is vastgelegd dat deze rechten een vordering volgen bij de overgang ervan.^{67,68} Bijgevolg biedt de regel dat afhankelijke rechten met de vordering overgaan op de verkrijger van de vordering, geen verklaring voor een bevoegdheid van de openbaar pandhouder tot uitoefening van de aan de verpande vordering verbonden afhankelijke zekerheidsrechten.

376. *Geen verpanding.* Kan de bevoegdheid van de inningsbevoegde pandhouder tot uitoefening van de aan de vordering verbonden afhankelijke zekerheidsrechten worden verklaard doordat de van een vordering afhankelijke rechten (mede) het object van een pandrecht op de vordering (kunnen) zijn? Het antwoord is nee. Vatbaar voor verpanding zijn weliswaar alle vermogensrechten die geen registergoed zijn,⁶⁹ doch uitsluitend indien deze rechten voor overdracht vatbaar zijn. Afhankelijke rechten zijn niet overdraagbaar⁷⁰ en daarom niet vatbaar voor de vestiging van een beperkt recht zoals een pandrecht. Het is naar geldend recht ook niet mogelijk om de pandhouder in staat te stellen een van een vordering afhankelijk recht uit te oefenen door (ook) dat recht aan hem te verpanden.⁷¹ W. Snijders heeft verdedigd dat een pandrecht op een vordering

65 Zie par 4 3 hiervóór Vgl Heyman 1992, p 346, Molenaar 1992b, p 349, Vermeulen 1992, p 517-518, Rank-Berenschot 1997b, p 49, Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr 825 en Asser/Mijnssen/Van Velten/Van Mierlo 3-III 2003, nr 112 Ook Stein 2006 (Vermogensrecht), art 3 246, aant 32-34 en Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr 563 verdedigen dat een pandhouder de van de verpande vordering afhankelijke rechten kan uitoefenen Anders dan voornoemde auteurs verklaren zij niet waarom dit zo zou zijn

66 Vgl par 4 3 hiervóór

67 Art 3 82 en 6 142 BW

68 Aldus Vriesendorp 1991 en Asbreuk-van Os 1992, p 842

69 Art 3 228 BW

70 Art 3 7 BW

71 Vgl Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr 47 en Vriesendorp 1992, p 350

mede op een aan de vordering verbonden recht van pand of hypotheek rust.⁷² Hij miskent mijns inziens dat deze rechten niet overdraagbaar en daarom niet voor verpanding vatbaar zijn.⁷³

Mijns inziens is het ook niet wenselijk dat op een zekerheidsrecht een pandrecht kan worden gevestigd, ook niet in combinatie met de vestiging van een pandrecht op de door het zekerheidsrecht verzekerde vordering. Dat zou een breuk met het huidige systeem zijn, waarin afhankelijke zekerheidsrechten niet kunnen worden overgedragen, omdat dergelijke rechten naar hun aard niet overdraagbaar zijn.⁷⁴ Om een dergelijke breuk met het systeem te rechtvaardigen, zou met verpanding van een afhankelijk zekerheidsrecht een nastrevenswaardig doel moeten kunnen worden bereikt dat niet op een andere, binnen het bestaande systeem passende wijze bereikt kan worden. Dat doel is de uitoefening van een van de verpande vordering afhankelijk zekerheidsrecht door de pandhouder mogelijk te maken. Verderop in deze paragraaf zal blijken dat dit doel reeds op een andere wijze kan worden bereikt.

Overigens zou dat doel, uitoefening van een van de verpande vordering afhankelijk zekerheidsrecht door de pandhouder, in het hypothetische geval dat vestiging van een pandrecht op een afhankelijk zekerheidsrecht mogelijk zou zijn, daardoor niet worden bereikt. Aan een pand- of hypotheekrecht kan de pand- of hypotheekhouder de bevoegdheid ontfangen om het verbonden goed te verkopen en over te dragen of, in geval van een vordering, de verpande vordering te innen. Zou een zekerheidsrecht object van een pandrecht kunnen zijn, dan zou de pandhouder daar op zichzelf nog niet de bevoegdheid aan kunnen ontfangen om het in zekerheid gegeven goed te verkopen. De (executoriale) verkoop en overdracht van een afhankelijk zekerheidsrecht is onmogelijk nu dit niet (zelfstandig) overdraagbaar is en bij de inning van een pand- of hypotheekrecht kan men zich weinig voorstellen. Wel denkbaar is dat een pandhouder de vordering op een borg int.⁷⁵

377. *Een andere grondslag?* Hierna wordt onderzocht of de inningsbevoegde pandhouder op een andere grondslag bevoegd is de van de ver-

72 Snijders 1999, p. 584.

73 Zie par. 12.6.2.1 hiervóór.

74 Art. 3:83 lid 1 jo. 82 BW.

75 De redenering dat een pandhouder een vordering op een borg kan innen lijkt ook de Ondernemingskamer te volgen in r.o. 4.9 van Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2001, JOR 2001/170 m.nt. Steef M. Bartman (ING/Akzo Nobel). Zie over dit arrest en het arrest dat de Hoge Raad in het daarvan ingestelde cassatieberoep wees hierna par. 12.9.2.

pande vordering afhankelijke zekerheidsrechten uit te oefenen. Aandacht is er daarbij ook voor de vraag of zulks wenselijk is.

12.6.2.2 De wetsgeschiedenis

378. *Geen grondslag?* Vriesendorp heeft aan het gegeven dat afhankelijke zekerheidsrechten niet kunnen overgaan op de pandhouder de conclusie verbonden dat de pandhouder deze rechten niet kan uitoefenen, om de reden dat hij geen andere grond ziet waarop de pandhouder dat zou kunnen.⁷⁶ Is deze redenering juist dan zou, ook nadat hij inningsbevoegd is geworden, de houder van een pandrecht op een vordering een tot zekerheid van die vordering gevestigd recht van pand of hypotheek niet kunnen uitoefenen en zou hij een derde die zich voor de vordering borg stelde niet tot betaling kunnen aanspreken. Gevolg zou zijn dat noch de pandgever, noch de pandhouder zich op een dergelijk recht zou kunnen beroepen.⁷⁷

379. *Het belang van de pandhouder én van de pandgever.* Het zou zowel voor de pandgever als voor de pandhouder nadelig zijn als de inningsbevoegde pandhouder de van de verpande vordering afhankelijke zekerheidsrechten niet zou kunnen uitoefenen. Het nadeel voor de pandhouder is evident; hij zou een kleinere kans hebben dat hij verhaal vindt voor zijn vordering op de pandgever dan wanneer hij het aan de verpande vordering verbonden zekerheidsrecht zou kunnen uitoefenen.

Het zou eveneens nadelig voor de pandgever zijn. De pandgever zou worden benadeeld omdat de kans kleiner zou worden dat hij verhaal vindt voor zijn in pand gegeven vordering nadat de inningsbevoegdheid is overgegaan op de pandhouder. Door het inningsbevoegd worden van de pandhouder wordt de pandgever onbevoegd de vordering te innen en daardoor tevens onbevoegd een aan de vordering verbonden zekerheidsrecht uit te oefenen. Als gevolg hiervan zou een aan de vordering verbonden afhankelijk zekerheidsrecht noch door de pandgever, noch door de pandhouder kunnen worden uitgeoefend.

76 Vriesendorp 1991.

77 Zie over deze consequentie Blomkwist 1992, p. 907, Stein 2006 (Vermogensrecht), art. 3:246, aant. 32 en Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr. 825. Voor de goede orde: deze auteurs verdedigen dat de pandhouder de afhankelijke zekerheidsrechten kan uitoefenen.

380. *Bevoordeling van andere crediteuren van de pandgever.* Is een aan de verpande vordering verbonden afhankelijk zekerheidsrecht een recht van pand of hypotheek (dus geen borgtocht) en zou dit recht niet door de inningsbevoegde pandhouder kunnen worden uitgeoefend, dan zouden de andere schuldeisers (dan de pandgever) van de debiteur van de vordering bovendien worden bevoordeeld doordat hun ten opzichte van de vordering van de pandgever aanvankelijk lager gerangschikte vorderingen dezelfde rang zouden krijgen de vordering van de pandgever. Deze bevoordeling van de schuldeisers van de debiteur van de verpande vordering door het enkele feit dat een vordering op hun debiteur wordt geïnd door de pandhouder en niet door de schuldeiser van de vordering is niet gerechtvaardigd. Het zou daarnaast ongerijmd zijn als de inningsbevoegde pandhouder een van de verpande vordering afhankelijk zekerheidsrecht niet zou kunnen uitoefenen, terwijl in geval van executie door de pandhouder de executiekoper van de vordering dat wel zou kunnen. Immers: de executiekoper verkrijgt de vordering mét de van de vordering afhankelijke rechten.

381. *Bedoeling van de wetgever.* Hoewel uit de wetsgeschiedenis niet blijkt dat de ontwerper van het BW of de wetgever over deze kwestie goed heeft nagedacht, is het om de hiervoor genoemde redenen niet aannemelijk dat de wetgever bedoeld heeft dat de inningsbevoegde pandhouder de van de verpande vordering afhankelijke zekerheidsrechten niet kan uitoefenen. In de wetsgeschiedenis zijn twee summiere aanwijzingen te vinden dat de wetgever wel bedoeld heeft de pandhouder het recht te geven de aan de verpande vordering verbonden afhankelijke zekerheidsrechten uit te oefenen. De eerste aanwijzing is dat de minister bij de behandeling van art. 3:81 lid 3 BW overweegt dat het door vermenging tenietgaan van een hypotheekrecht aan uitoefening van dat recht door de houder van een pandrecht op de door het hypotheekrecht verzekerde vordering niet in de weg staat.⁷⁸

De tweede aanwijzing is dat de minister er bij de behandeling van art. 3:274 BW vanuit lijkt te gaan dat een hypotheekrecht kan worden uitgeoefend door de houder van een pandrecht op de door het hypotheekrecht verzekerde vordering. Art. 3:274 BW verplicht de schuldeiser van een hypothecair verzekerde vordering aan de hypotheekgever een verklaring van het vervallen zijn van het hypotheekrecht af te geven. De-

78 Parl. Gesch. Boek 3, p. 311. Deze aanwijzing is ook gesignaleerd door Snijders 1999, p. 584 en Blomkwist 1992, p. 906.

zelfde verplichting legt het artikel op aan de houder van een beperkt recht op de hypothecair verzekerde vordering. Door in zijn overwegingen over de verplichting van de beperkt gerechtigde ook de pandhouder te betrekken, suggereert de minister dat een hypotheekrecht kan worden uitgeoefend door de houder van een pandrecht op de verzekerde vordering.⁷⁹ Mede op grond van deze twee aanwijzingen is het aannemelijk dat de wetgever bedoeld heeft de pandgever in staat te stellen zich bij de inning van een aan hem verpande vordering op de van die vordering afhankelijkke zekerheidsrechten te beroepen.

Een andere reden om aan te nemen dat een beroep op de van een verpande vordering afhankelijke zekerheidsrechten aan de pandhouder toekomt, is de 'toezegging' van de wetgever dat de onder het oude recht gangbare financieringspatronen onder het huidige recht gecontinueerd zouden kunnen worden.⁸⁰ Deze toezegging van de wetgever is een sterke aanwijzing dat in geval van onduidelijkheid over de vraag of bepaalde rechten die onder het oude recht aan de fiduciair eigenaar toekwamen thans aan de pandhouder toekomen, mag worden geconcludeerd dat dit inderdaad zo is.⁸¹

12.6.2.3 Afhankelijke zekerheidsrechten en beslag

382. *Het arrest Rabo/Erven Hengstmengel c.s.* De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een beslaglegger zich bij de verdeling van de executieopbrengst van een aan de beslagen vordering verbonden hypotheekrecht kan beroepen op de aan dat hypotheekrecht verbonden voorrang.⁸² Dit oordeel is door de Hoge Raad kernachtig gemotiveerd met de volgende overwegingen, die ik in mijn eigen woorden weergeef.

1. Het is in overeenstemming met het wettelijk systeem dat de beslaglegger die zijn vordering op de beslagdebiteur verhaalt door middel van inning van een beslagen vordering profiteert van de aan de beslagen vordering verbonden voorrang.

79 Parl. Gesch. Boek 3, p. 840. Deze aanwijzing is eerder signaleerd door Blomkwist 1992, p. 906-907.

80 Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1197.

81 Zo ook Snijders 2002, p. 29-30.

82 HR 11 maart 2005, JOR 2005/131 m.nt. SCJJK, NJ 2006, 362 m.nt. H.J. Snijders, JIN 2005/162 m.nt. A.I.M. van Mierlo, JBPr 2006/2 m.nt. AvH (Rabobank/Erven Hengstmengel c.s.).

2. Zou de beslaglegger niet kunnen profiteren van de aan de beslagen vordering verbonden voorrang, dan zou die voorrang noch aan de beslaglegger, noch aan de beslagdebiteur toekomen.⁸³ De beslagdebiteur zou hierdoor worden benadeeld omdat de kans kleiner wordt dat hij verhaal vindt voor zijn vordering. De andere schuldeisers (dan de beslagdebiteur) van de derdebeslagene zouden worden bevoordeeld doordat hun ten opzichte van de vordering van de beslagdebiteur aanvankelijk lager gerangschikte vorderingen dezelfde rang zouden krijgen als de vordering van de beslagdebiteur.

Deze overwegingen van de Hoge Raad zijn even valide voor verhaal door een beslaglegger als voor verhaal door een pandhouder.

383. *Uitoefening van het executierecht door de pandhouder?* Voor de goede orde zij opgemerkt dat de Hoge Raad niet heeft geoordeeld dat een beslaglegger, als aan de beslagen vordering een recht van hypotheek verbonden is, het recht heeft dit hypotheekrecht te executeren. In het geschil dat leidde tot het arrest was die vraag niet aan de orde. De beslaglegger had het tot zekerheid van de beslagen vordering hypothecair verbonden goed niet uit hoofde van het executoriale beslag op die vordering geëxecuteerd, maar uit hoofde van een andere executoriale titel. De overwegingen van de Hoge Raad over de uitoefening van het voorrangrecht door de beslaglegger zijn echter overwegingen die rechtvaardigen dat ook een aan de beslagen vordering verbonden recht van parate executie door de beslaglegger kan worden uitgeoefend. Bovendien zou het aan de beslaglegger toekomende voorrangrecht hem in veel gevallen weinig baten indien hij niet tevens tot executie bevoegd zou zijn. Zowel de beslaglegger als de pandhouder zijn mijns inziens op grond hiervan bevoegd tot executie van een aan de beslagen casu quo verpande vordering verbonden pand- of hypotheekrecht.⁸⁴

Op dezelfde gronden moet worden aangenomen dat een beslaglegger of pandhouder bevoegd is om een vordering die openbaar is verpand

83 Het beslag leidt tot het inningsonbevoegd worden van de crediteur van de beslagen vordering (art 475h Rv)

84 Zo ook Kortmann 1993, p 102, Kortmann 2005, Kortmann in zijn noot onder het arrest Rabobank/Erven Hengstmengel c s in JOR 2005/131, Van Mierlo in zijn noot onder dit arrest in JIN 2005/162, Van Straaten 2005, Heemstra en Tjon-En-Fa 2006, p 266-267 en Guillaume 2006, p 724-725

tot zekerheid van de beslagen of verpande vordering te innen, alsmede dat de beslaglegger of pandhouder bevoegd is tot het verrichten van de handelingen die hem in staat stellen om tot executie van een pand- of hypotheekrecht of inning van een verpande vordering over te gaan. Gedacht kan worden aan het verzenden van een ingebrekestelling, het omzetten van een stil pand in een vuistpand en het doen van mededeling van een stil pandrecht aan de debiteur van een verpande vordering.⁸⁵

Broekveldt stelt zich in zijn bespreking van het arrest Rabobank/Erven Hengstmengel c.s. op het standpunt dat een beslaglegger niet het aan de beslagen vordering verbonden recht van parate executie kan uitoefenen omdat een uitdrukkelijke wettelijke grondslag daartoe ontbreekt.⁸⁶ Naar mijn mening miskent Broekveldt dat er ook geen uitdrukkelijke wettelijke grondslag is voor het door de Hoge Raad aanvaarde recht van de beslaglegger om zich op een voorrangrecht te beroepen en dat de overwegingen die zulks rechtvaardigen tevens rechtvaardigen dat de beslaglegger een aan de schuldeiser van de beslagen vordering toekomend recht van parate executie kan uitoefenen.

384. *Uitoefening van zekerheidsrechten die na de beslaglegging of verpanding zijn ontstaan.* Men kan zich nog afvragen of een pandhouder casu quo een beslaglegger (door tussenkomst van een deurwaarder) een van de vordering afhankelijk zekerheidsrecht kan uitoefenen indien dit recht eerst *na* de verpanding of het beslag is ontstaan. H.J. Snijders meent in zijn NJ-noot onder het arrest Rabo/Erven Hengstmengel c.s. van niet. Helaas motiveert hij dit standpunt niet. A. van Hees meent in zijn noot onder dit arrest in JBPR van wel. Van Hees wijst erop dat de redenering van de Hoge Raad ook opgaat voor na de beslaglegging of verpanding gevestigde zekerheidsrechten. Dit argument acht ik overtuigend. Er zijn ook geen dogmatische bezwaren tegen uitoefening van een na de verpanding of beslaglegging gevestigd afhankelijk zekerheidsrecht door de pandhouder of de beslaglegger. Noch verpanding, noch beslaglegging leidt tot (gedeeltelijke) overgang van de vordering. Wat 'overgaat' in geval van openbare verpanding en executoriaal beslag is de bevoegdheid om de verpande of beslagen vordering te innen. Ondergaat die vordering c.q. een aan de vordering verbonden recht een wijziging dan kan de pandhouder of beslaglegger deze gewijzigde vordering innen. In beginsel int de pandhouder of

85 Zo ook Guillaume 2006, p. 725.

86 Broekveldt 2005

beslaglegger de vordering 'zoals die eruit ziet' op het moment van in-niing.⁸⁷

385. *Geen bevoordeling van andere schuldeisers in geval van borgtocht.* Op-gemerkt zij, dat van bevoordeling van andere schuldeisers (dan de beslag-debiteur) van de derdebeslagene geen sprake zou zijn, als het aan de vor-dering verbonden zekerheidsrecht geen recht van pand of hypotheek maar een borgtocht is. Dat een derde zich voor een vordering tot borg heeft gesteld, brengt immers geen wijziging in de rang van die vordering. Door het inningsbevoegd worden van de pandhouder wordt mijns in-ziens de pandgever onbevoegd om een derde die zich borg stelde voor die vordering aan te spreken. Zou de pandhouder de borg niet kunnen aan-spreken, dan zouden noch de pandgever, noch de pandhouder dat kun-nen. Dat zou tot een ongerechtvaardigde benadeling van de pandgever kunnen leiden. Er is dan ook geen aanleiding om voor borgtocht anders te oordelen dan voor pand en hypotheek.⁸⁸ Daarbij komt dat de andere over-wegingen van de Hoge Raad dan de overweging dat andere schuldeisers zouden worden bevoordeeld als de beslaglegger een van de vordering afhankelijk hypotheekrecht niet zou kunnen uitoefenen, zijn oordeel zelf-standig kunnen dragen en deze overwegingen voor borgtocht even valide zijn als voor pand- en hypotheekrechten.

386. *Andersluidende partijbedingen.* Partijen hebben de vrijheid om te be-palen dat een recht van pand, hypotheek of borgtocht na overgang van de door een dergelijk recht verzekerde vordering niet door de verkrijger van die vordering kan worden uitgeoefend. Hebben partijen dit bepaald, dan kan de verkrijger van de vordering het recht niet uitoefenen.⁸⁹

Of partijen zulks zijn overeengekomen moet worden vastgesteld door uitleg van hetgeen zij te dien aanzien zijn overeengekomen in de betreffende akte of overeenkomst. Het gaat daarbij in het bijzonder om uitleg van de omschrijving van de vorderingen tot zekerheid waarvoor het zekerheidsrecht is gevestigd.

87 Opmerking verdient dat niet iedere wijziging van een vordering of van een met een vordering samenhangend recht die na verpanding van of beslag op de vorde-ring is overeengekomen, aan een pandhouder of beslaglegger kan worden tegen-geworpen; zie hiervóór par. 10.5.3.2 en 12.4.

88 Zo ook Guillaume 2006, p. 725

89 Dit volgt uit HR 16 september 1988, NJ 1989, 10 (Onderdrecht/FGH en PHP). Zie over deze mogelijkheid om de overgang van een hypotheekrecht uit te sluiten, met verdere verwijzingen, Timmerman 2002.

Analoog hieraan staat het partijen vrij om overeen te komen dat een recht van pand, hypotheek of borgtocht niet kan worden uitgeoefend door de houder van een pandrecht op de door het zekerheidsrecht verzekerde vordering. Of partijen dit zijn overeengekomen zal op dezelfde wijze door uitleg moeten worden vastgesteld.

Partijen kunnen niet met werking jegens een beslaglegger of curator overeenkomen dat beslag op een vordering op naam niet mogelijk is en/of dat de vordering niet door een beslaglegger kan worden geïnd.⁹⁰ Zou die mogelijkheid wel bestaan dan zouden zij door een enkel beding de wettelijke verhaalsmogelijkheden van hun schuldeisers kunnen beperken. Het staat partijen mijns inziens, om dezelfde reden, evenmin vrij om met werking jegens een beslaglegger overeen te komen dat deze aan de vordering verbonden afhankelijke zekerheidsrechten niet kan uitoefenen.

12.6.2.4 Conclusie: de pandhouder is bevoegd tot uitoefening van afhankelijke zekerheidsrechten

387. *Uitoefening van afhankelijke zekerheidsrechten op grond van een redelijke wetsuitleg.* Een redelijke wetsuitleg en een vergelijking met beslag leiden tot de conclusie dat de inningsbevoegde pandhouder bevoegd is tot uitoefening van de zekerheidsrechten die van de verpande vordering afhankelijk zijn, ongeacht of deze rechten vóór of na de verpanding zijn ontstaan. Is het afhankelijke zekerheidsrecht een recht van pand of hypotheek, dan is de inningsbevoegde pandhouder bevoegd het in zekerheid gegeven goed te executeren als de pandgever daartoe bevoegd zou zijn geweest als op zijn vordering geen openbaar pandrecht zou zijn gevestigd. De pandhouder wiens vordering opeisbaar is, is vervolgens bevoegd zich met voorrang te voldoen uit de executie-opbrengst. Is het afhankelijke zekerheidsrecht een borgtocht, dan is de inningsbevoegde pandhouder bevoegd nakoming van de borg te vorderen als de debiteur van de verpande vordering jegens de pandgever tekortschiet.⁹¹ Is zijn vordering opeisbaar, dan is de pandhouder bevoegd zich te voldoen uit de opbrengst van de vordering op de borg.

Deze rechten heeft de pandhouder niet doordat de betreffende zekerheidsrechten als afhankelijke rechten op hem overgaan, maar omdat een redelijke wetsuitleg leidt tot de conclusie dat wie bevoegd is een vordering te innen, zich tevens op de van die vordering afhankelijke zeker-

90 Zie hiervóór par. 6.4.4.1.

91 Zie art. 7:855 BW.

heidsrechten kan beroepen. De uitoefening door de pandhouder past in het systeem van de wet: in de bevoegdheid om nakoming van een vordering te vorderen ligt de bevoegdheid om de nakoming af te dwingen met de daartoe bestaande rechten besloten.⁹²

388. *Wenselijk recht?* Het is mijns inziens ook wenselijk dat een van de verpande vordering afhankelijk zekerheidsrecht kan worden uitgeoefend door de inningsbevoegde pandhouder. Dit is in overeenstemming met de daarvoor aan het begin van dit hoofdstuk geformuleerde uitgangspunten. De juridische positie van de debiteur verslechtert niet doordat het voor zijn schuld verleende zekerheidsrecht wordt uitgeoefend door de inningsbevoegde pandhouder in plaats van door zijn schuldeiser. De uitoefening van een zekerheidsrecht door de pandhouder heeft voor de pandgever geen verdergaande gevolgen dan zijn rechten en plichten inzake de verpande vordering. De uitoefening van het recht is te beschouwen als een beheersdaad die de positie van de pandgever met betrekking tot de vordering niet ingrijpend wijzigt.⁹³ Het recht is, tenzij de pandgever en de debiteur van de vordering zulks zijn overeengekomen, geen persoonlijk recht dat uitsluitend door de pandgever kan worden uitgeoefend.⁹⁴ Ook is de uitoefening van een aan de verpande vordering verbonden afhankelijk zekerheidsrecht door de inningsbevoegde pandhouder in overeenstemming met het doel van het pandrecht, verhaal met voorrang op de verpande vordering. Op dit punt is het geldende recht derhalve in overeenstemming met het wenselijke recht.

12.6.3 Eigendomsvoorbehoud

389. *Geen overgang op de pandhouder.* Heeft de pandgever zich terzake van de door hem verpande vordering de eigendom van een door hem ge-

92 Aldus ook Kortmann 1993, Kortmann 2005 en Kortmann in zijn noot in JOR onder HR 11 maart 2005, JOR 2005/131 m.nt. SCJJK, NJ 2006, 362 m.nt. H.J. Snijders, JIN 2005/162 m.nt. A.I.M. van Mierlo, JBPr 2006/2 m.nt. AvH (Rabobank/Erven Hengstmengel c.s.). Vgl. ook Snijders 1999, p. 584. Vgl. ook reeds Lioni 1885, p. 149 en 175. Hij vindt het vanzelfsprekend dat de pandhouder de aan de vordering verbonden voorrechten kan uitoefenen, om de reden dat de pandhouder het vorderingsrecht van de pandgever uitoefent. In dezelfde zin ook Heyman 1992, p. 346.

93 Vgl. Loesberg 1998, p. 527-528.

94 Dat een afhankelijk zekerheidsrecht door de zekerheidsgever en de zekerheidsnemer tot een uitsluitend door de zekerheidsnemer uit te oefenen recht kan worden gemaakt, blijkt uit HR 16 september 1988, NJ 1989, 10 (Onderdrecht/FGH & PHP). Vgl. ook, met verdere verwijzingen, Kortmann, Rongen en Verhagen 2001, p. 841.

leverde zaak voorbehouden,⁹⁵ dan kan men zich afvragen of de pandhouder dat eigendomsrecht van de pandgever kan uitoefenen. Voorbehouden eigendom is geen afhankelijk recht.⁹⁶ Evenals de van de verpande vordering afhankelijke rechten, gaat een voorbehouden eigendomsrecht door de verpanding van een vordering of het inningsbevoegd worden van de pandhouder niet over op de pandhouder. Een andere grondslag voor de uitoefening van het eigendomsrecht van de pandgever door de pandhouder is er niet.

390. *Wel overdracht aan de pandhouder.* Is de pandhouder inningsbevoegd, dan moet mijns inziens worden aangenomen dat de inningsonbevoegde pandgever niet bevoegd is zijn eigendomsrecht uit te oefenen. Als noch de pandgever, noch de pandhouder het eigendomsrecht kan uitoefenen, wordt de kans kleiner dat de verpande vordering (volledig) kan worden geïnd, hetgeen nadelig is voor zowel de pandgever als de pandhouder. De oplossing voor dit probleem is dat de pandgever zijn voorbehouden eigendom overdraagt aan de pandhouder, eventueel onder de ontbindende voorwaarde dat de inningsbevoegdheid van de pandhouder eindigt. Door het stipuleren van deze voorwaarde kan worden bereikt dat de pandgever de eigendom weer kan uitoefenen zodra hij weer bevoegd wordt de verpande vordering te innen.

Een titel van overdracht die strekt tot een dergelijke *volledige* overdracht ter verzekering van een verpande vordering door een voorwaardelijk eigendomsrecht dat door een op grond van art. 3:92 BW geldige overdracht is ontstaan, is geen titel die ongeldig is op grond van het in art. 3:84 lid 3 BW bepaalde.

Verdedigbaar is daarnaast dat de pandgever, als hij zijn voorwaardelijk eigendomsrecht niet aan de pandhouder heeft overgedragen, gehouden is om in voorkomend geval ten behoeve van de pandhouder tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud over te gaan.

12.6.4 Nevenrechten

391. *Wat is een nevenrecht?* De in paragraaf 12.6.2 behandelde afhankelijke rechten zijn tevens nevenrechten: de bij een vordering als hoofdrecht behorende rechten.⁹⁷ Noch de wet,⁹⁸ noch de literatuur geeft een heldere

95 Vgl. art. 3:92 BW.

96 Vgl. ook par 4.4.4 hiervóór.

97 Zie Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr 48 en Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr. 8

98 Vgl. art. 6:142 BW.

definitie van het begrip nevenrecht, waardoor de nevenrechten van de andere met een vordering samenhangende rechten zouden kunnen worden afgebakend. Zowel in de wet⁹⁹ als in de literatuur¹⁰⁰ vinden we slechts opsommingen.

Het begrip nevenrecht is een ruimer begrip dan het begrip afhankelijk recht: er zijn nevenrechten die geen afhankelijk recht zijn.¹⁰¹ Een voorbeeld is het recht op bedongen, maar nog niet opeisbare rente, dat wel een nevenrecht is,¹⁰² doch niet als een afhankelijk recht pleegt te worden aangemerkt.¹⁰³ Nevenrechten kunnen ook rechten zijn die geen vermogensrecht zijn, zoals het recht om een terzake van de vordering bestaande executoriale titel ten uitvoer te leggen.¹⁰⁴

De bij een vordering behorende nevenrechten die niet tevens van die vordering afhankelijke rechten zijn, zijn rechten van uiteenlopende aard. Een nevenrecht kan bestaan uit een recht op een prestatie, zoals een recht op bedongen rente. Het kan echter ook een recht zijn dat het recht op nakoming van de vordering versterkt, zoals het recht om een executoriale titel ten uitvoer te leggen.¹⁰⁵

Een poging om een sluitende definitie van het begrip nevenrecht te geven blijft hier achterwege. De reden is dat het al dan niet zijn van nevenrecht zowel naar geldend als naar wenselijk recht geen doorslaggevend criterium is voor het antwoord op de vraag of het een recht is dat uitgeoefend kan, of uitgeoefend zou moeten kunnen worden, door de inningsbevoegde pandhouder. Of dit het geval is, dient per (categorie van) recht(en) te worden beoordeeld.¹⁰⁶

392. *Kwalitatieve rechten.* Een uit een overeenkomst voortvloeiend recht dat in verband staat met een goed kan een kwalitatief recht zijn, een recht dat in een zodanig verband met dat goed staat dat uitsluitend de recht-hebbende van het goed belang bij dat recht heeft.¹⁰⁷ Voor de bij een vordering behorende kwalitatieve rechten geldt mijns inziens, analoog aan

99 Art. 6:142 BW.

100 Zie bijvoorbeeld Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 563-566.

101 Vgl. Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 49, Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr. 8 en Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 563-566.

102 Art. 6:142 lid 2 BW.

103 Aldus Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 48 en Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr. 8.

104 Art. 6:142 BW. Vgl. Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 564. Zie hierover hierna par. 12.8.

105 Art. 6:142 lid 1 BW. Zie hierover par. 12.8 hierna.

106 Zie par. 12.1 hiervóór.

107 Zie art. 6:251 lid 1 BW.

hetgeen voor nevenrechten moet worden aangenomen, dat het al dan niet zijn van een kwalitatief recht niet doorslaggevend is voor het antwoord op de vraag of het een recht is dat kan worden uitgeoefend door de inningsbevoegde pandhouder.

393. *Uitoefening van nevenrechten door de verkrijger van een vordering.* De verkrijger van een vordering kan de bij de vordering behorende nevenrechten uitoefenen doordat deze op hem overgaan.¹⁰⁸ Net als voor de van een vordering afhankelijke rechten, geldt voor de bij een vordering behorende nevenrechten dat deze niet op de pandhouder overgaan. De verklaring hiervoor is dat de pandhouder noch door de vestiging van het pandrecht, noch door zijn inningsbevoegd worden rechthebbende van de vordering wordt.

394. *Verpanding van nevenrechten.* Voor een nevenrecht dat niet tevens een van de vordering afhankelijk recht is, geldt dat daarop een pandrecht kan worden gevestigd als het voldoet aan de vereisten die gelden voor de verpandbaarheid van een vordering, zoals het vereiste dat deze overdraagbaar is.¹⁰⁹ Voor de vestiging van een stil pandrecht geldt daarnaast, zolang het recht toekomstig is, dat het rechtstreeks moet voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding.¹¹⁰ Is een nevenrecht voor verpanding vatbaar, dan is het aan de pandhouder en de pandgever om te bepalen of een voor verpanding vatbaar nevenrecht wordt 'meeverpand'.

Is een nevenrecht niet overdraagbaar, dan zal dat veelal zijn omdat de aard van het nevenrecht zich tegen overdracht verzet. Denkbaar is ook dat de aard van het nevenrecht met zich brengt dat het wel voor overdracht (en verpanding) in combinatie met het hoofdrecht in aanmerking komt, maar niet voor afzonderlijke overdracht of verpanding.

Of een voor verpanding vatbaar nevenrecht is verpand, moet worden bepaald door uitleg van de aan de verpanding ten grondslag liggende titel én van hetgeen de pandgever en de pandhouder zijn overeengekomen in de pandakte.¹¹¹

Een voorbeeld van een voor zelfstandige overdracht en bijgevolg voor verpanding vatbaar nevenrecht, is het recht op bedongen, maar nog niet opeisbare rente.¹¹² Is dit recht niet expliciet 'meeverpand' of juist

108 Art. 6:142 lid 1 BW.

109 Art. 3:228 BW. Zo ook Snijders 1999, p. 584. Zie hierover par. 6.4 hiervóór.

110 Vgl. hiervóór par. 8.2-8.3.

111 Zie hoofdstuk 7.

112 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 531.

expliciet van de verpanding uitgesloten, dan is het een kwestie van uitleg of ook de (toekomstige) vordering terzake van bedongen rente verpand is. In de meeste gevallen zal de conclusie wel zijn dat het recht op rente 'mee-verpand' is. De stelling dat "(...) moet worden aangenomen dat pandrecht op een rentedragende vordering de vordering tot betaling van de rente omvat"¹¹³ is naar mijn mening te absoluut.

395. *Uitoefening door de inningsbevoegde pandhouder.* Is een met een vordering samenhangend (neven)recht niet vatbaar voor verpanding, in de meeste gevallen omdat het geen voor overdracht vatbaar recht is, dan wil dat niet zeggen dat dit niet door de openbaar pandhouder kan worden uitgeoefend. Omgekeerd geldt dat niet uitsluitend nevenrechten door de pandhouder kunnen worden uitgeoefend. Of en zo ja op grond waarvan de pandhouder een aantal andere rechten van de crediteur van de verpande vordering dan de aan hem verpande rechten geldend kan maken, is c.q. wordt elders in dit hoofdstuk besproken. Waar dat zinvol leek is daarbij de vraag of het recht een nevenrecht is onder ogen gezien.

12.7 Aan de verpande vordering verbonden voorrechten

396. *Kwalificatie.* Een voorrecht is een door de wet aan een bepaalde vordering verbonden recht dat de schuldeiser het recht geeft zich bij voorrang te verhalen op één of meer bepaalde goederen van de schuldenaar of op alle goederen van de schuldenaar.¹¹⁴ Een voorbeeld van een voorrecht op een bepaald goed zijn de tot behoud van een goed gemaakte kosten.¹¹⁵ Een voorbeeld van een voorrecht op alle goederen van een schuldenaar is het voorrecht van de fiscus op alle goederen van de belastingschuldenaar.¹¹⁶

Hoewel een voorrecht, als een door de wet aan een bepaalde vordering verbonden recht, niet zonder die vordering kan bestaan, bestaat geen eenstemmigheid over de vraag of het een afhankelijk recht is in de zin van art. 3:7 BW. Volgens Van Mierlo is een voorrecht een afhankelijk recht.¹¹⁷ Snijders/Rank-Berenschot stelt dat een voorrecht geen afhanke-

113 Asser/Mijnssen/Van Velten/Van Mierlo 3-III 2003, nr 113

114 Art 3:278 BW Vgl Asser/Mijnssen/Van Velten/Van Mierlo 3-III 2003, nr 377

115 Art 3:284 BW

116 Art 21 Invorderingwet 1990 Zie voor meer voorbeelden van beide categorieën van voorrechten Van Achterberg 1999, nr 11

117 Asser/Mijnssen/Van Velten/Van Mierlo 3-III 2003, nr 377

lijk recht is in de zin van art. 3:7 BW, om de reden dat het geen vermogensrecht is.¹¹⁸ Duidelijk is wel dat de aan een vordering verbonden voorrechten na de overgang van de vordering als nevenrechten aan de verkrijger van de vordering toekomen.¹¹⁹

397. *Geen overgang op de pandhouder en geen verpanding.* Van Mierlo stelt, ongemotiveerd, dat de pandhouder zich op een aan een vordering verbonden voorrecht kan beroepen.¹²⁰ Is dit inderdaad het geval en is het ook wenselijk dat de pandhouder zich op een aan de verpande vordering verbonden voorrecht kan beroepen?

De pandhouder wordt noch door de vestiging van een pandrecht op een vordering, noch door zijn inningsbevoegd worden rechthebbende van de vordering. Om die reden kan de pandhouder zich niet op een aan de verpande vordering verbonden voorrecht beroepen doordat dit op hem is overgegaan.

Dat aan de pandhouder een beroep op het voorrecht zou toekomen kan ook niet worden verklaard doordat de vestiging van een pandrecht op de vordering er toe leidt dat ook het voorrecht met een pandrecht wordt belast. Een pandrecht op een vordering rust niet op een aan de vordering verbonden voorrecht, omdat het voorrecht geen deel uitmaakt van het object van het pandrecht, het recht op een prestatie door de schuldenaar van de verpande vordering. Een voorrecht is ook niet vatbaar voor 'zelfstandige' verpanding. De reden hiervoor is dat een voorrecht niet overdraagbaar is.¹²¹

398. *Eigenschap van de vordering.* Er is wel een andere grond om aan te nemen dat de inningsbevoegde pandhouder zich naar geldend recht op de aan een verpande vordering verbonden voorrechten kan beroepen. Het aan een vordering verbonden voorrecht is een eigenschap van die vordering. De vordering die de pandhouder int, is een vordering met die specifieke eigenschap. De pandhouder kan zich bij de verdeling van het geïnde op die specifieke eigenschap van die vordering, het voorrecht, beroepen.

118 Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr 49

119 Art 6.142 lid 1 BW Vgl ook Wiarda 1937, p 312, Fesevur 1992, nr 9, Van Achterberg 1999, nr 11, Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006, nr 282, Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr 48-49 en Asser/Mijnssen/Van Velten/Van Mierlo 3-III 2003, nr 377

120 Asser/Mijnssen/Van Velten/Van Mierlo 3-III 2003, nr 377

121 Vgl par 6 4 hiervóór.

399 *Wenselijk recht?* Is het ook wenselijk dat een pandhouder zich bij de verdeling van de opbrengst van een verpande vordering op een aan de vordering verbonden voorrecht kan beroepen? Mijns inziens is dat inderdaad het geval, om dezelfde, in paragraaf 12.6.2 besproken redenen waarom het wenselijk is dat de pandhouder zich kan beroepen op van de verpande vordering afhankelijke zekerheidsrechten. Hier wordt volstaan met een verwijzing naar die paragraaf.

12.8 Tot verhaal van de verpande vordering gelegde beslagen en tenuitvoerlegging van terzake van de vordering bestaande executoriale titels

400 *Overgang op de verkrijger van een vordering* Aannemelijk is dat de rechten die voortvloeien uit een tot verhaal van een vordering gelegd beslag, bij overgang van de vordering als nevenrechten overgaan op de verkrijger van de vordering.¹²² Concreet betekent dit, dat indien de schuldeiser conservatoir beslag heeft gelegd en de vordering waarvoor hij beslag heeft gelegd overgaat vóórdat hij de eis in de hoofdzaak heeft ingesteld,¹²³ de verkrijger van de vordering de eis in de hoofdzaak kan instellen, het beslag blijft liggen en executie door de verkrijger mogelijk is nadat hij een executoriale titel verkregen heeft.¹²⁴

401 *Uitoefening door de pandhouder* Kan de pandhouder de rechten uit een voor de vordering door de pandgever gelegd beslag uitoefenen? Buiten twijfel staat dat de inningsbevoegde pandhouder gerechtigd is voor de vordering zelf beslag te leggen, nu hij bevoegd is de nakoming ervan in een procedure tegen de debiteur te vorderen.¹²⁵ Geen enkel redelijk belang verzet zich ertegen dat de inningsbevoegde pandhouder de rechten uit een reeds gelegd beslag uitoefent. Integendeel, er is geen enkel redelijk belang mee gediend dat de tot inning bevoegde pandhouder de rechten uit een gelegd beslag niet zou mogen uitoefenen, maar wel gerechtigd zou zijn eenzelfde beslag te leggen.¹²⁶ Aannemelijk is dan ook,

122 In deze zin Van Achterberg 1999, nr. 11, Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3 I 2006, nr. 42 en Van Mierlo 2004 (Verbintenissenrecht), art. 142, aant. 16.10. Voor het oude recht in deze zin reeds Wiarda 1937, p. 325-326.

123 Vgl. art. 700 lid 3 Rv.

124 Vgl. Van Mierlo 2004 (Verbintenissenrecht), art. 142, aant. 16.10.

125 Art. 3:246 lid 1 BW.

126 In deze zin Parl. Gesch. Boek 6, p. 531-532.

dat de inningsbevoegde pandhouder de rechten uit een door de pandgever gelegd beslag kan uitoefenen

402 *Tenuitvoerlegging van executoriale titels door de pandhouder* Een door de schuldeiser van een vordering verkregen executoriale titel, zoals de grosse van een veroordelend vonnis of van een authentieke akte¹²⁷ kan door de verkrijger van de vordering ten uitvoer worden gelegd^{128 129} Ook hiervoor geldt dat er geen goede reden is waarom de inningsbevoegde pandhouder daartoe niet bevoegd zou zijn, zodat aannemelijk is dat hij daar naar huidig recht toe bevoegd is

Na overgang van een vordering is de vorige schuldeiser verplicht tot afgifte van de op de vordering betrekking hebbende executoriale titels dan wel, indien hij zelf belang bij deze titels behoudt, bijvoorbeeld doordat deze ook betrekking hebben op een vordering die niet is overgegaan, de nieuwe schuldeiser tot de tenuitvoerlegging daarvan in staat te stellen¹³⁰ Deze bepaling leent zich voor overeenkomstige toepassing als de vordering is verpand

12.9 Rechten van de schuldeiser jegens derden

403 *Bankgaranties en 403-verklaringen* Het komt voor dat een schuldeiser in verband met de vordering die hij heeft op zijn schuldenaar rechten jegens een derde kan laten gelden ter verzekering van de nakoming van zijn vordering op de schuldenaar Dat is bijvoorbeeld het geval indien een derde zich borg heeft gesteld voor de schuldenaar Deze reeds in paragraaf 12.6 behandelde mogelijkheid blijft hier buiten beschouwing

In deze paragraaf worden de mogelijkheden behandeld die de pandhouder heeft om rechten te ontfemen aan een door een derde voor de verpande vordering gegeven garantie, in het bijzonder een bankgarantie, en de mogelijkheden die de pandhouder heeft om rechten te ontfemen aan een zogenoemde 403-verklaring, kort gezegd een verklaring waarin een moedervennootschap aansprakelijkheid voor een vordering op haar dochter heeft aanvaard

127 Art 430 lid 1 Rv

128 Art 6:142 lid 1 BW

129 Zie hierover, met verdere verwijzingen, Van Mierlo 2004 (Verbintenissenrecht), art 142, aant 12

130 Art 6:143 lid 2 BW

12.9.1 Rechten uit een bankgarantie

404. *Wat is een garantie?* Een derde kan zich voor de nakoming van de verbintenis van een schuldenaar sterk maken door een zelfstandige verplichting jegens de crediteur van de vordering op die schuldenaar op zich te nemen. Het prototype van zo een verbintenis (de garantie) ontstaat uit een verklaring van de derde (de garant) dat hij een verbintenis op zich neemt, meestal tot betaling van een geldsom, onder een of meer opschortende voorwaarden, zoals de voorwaarde dat de crediteur van de gegarandeerde vordering verklaart dat de schuldenaar iets niet doet of nalaat waartoe hij zich heeft verbonden. Door (stilzwijgende) aanvaarding van het in die verklaring vervatte aanbod van de garant door de schuldeiser komt de verbintenis tussen de garant en de schuldeiser tot stand.¹³¹

405. *Plan van behandeling.* Literatuur en jurisprudentie over garanties hebben veelal uitsluitend bankgaranties als onderwerp. Met garanties verband houdende vragen omtrent cessie en pand lijken ook in de praktijk vooral met betrekking tot bankgaranties te rijzen. Om die redenen worden de hierna gestelde vragen in beginsel uitsluitend voor bankgaranties behandeld, hetgeen niet betekent dat de antwoorden voor andere garanties van het bovenomschreven prototype niet van belang zouden kunnen zijn.

Bankgaranties roepen in verband met pandrecht de volgende vragen op.

1. Is de inningsbevoegde houder van een pandrecht op een vordering waarvoor een garantie is gesteld, bevoegd de geldvordering uit de garantie te innen nadat deze vordering onvoorwaardelijk is geworden doordat rechtsgeldig 'onder de garantie is geclaimd'?
2. Kan de geldvordering uit de garantie worden verpand?
3. Is de inningsbevoegde houder van een pandrecht op een vordering waarvoor een garantie is gesteld, casu quo de houder van een pandrecht op de geldvordering uit de garantie, bevoegd om de aan de geldvordering uit de garantie verbonden voorwaarde(n) in vervulling te doen gaan door 'onder de garantie te claimen'?

131 Vgl. Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 387-389. Van Emden beschouwt het zich garant stellen als een eenzijdige rechtshandeling, zie Van Emden 2005, p. 6-7.

In de literatuur worden deze vragen nauwelijks gesteld.¹³² Jurisprudentie over deze vragen is mij niet bekend. Dezelfde vragen zijn in de literatuur uitgebreider aan de orde gekomen met betrekking tot cessie. Ook is er jurisprudentie over cessie van door een bankgarantie gegarandeerde vorderingen en van vorderingen uit een bankgarantie. Om die reden zullen deze vragen eerst worden onderzocht met betrekking tot de cessie van een gegarandeerde vordering casu quo van de vordering uit een bankgarantie.

12.9.1.1 Cessie van de gegarandeerde vordering

406. *Een vordering uit een bankgarantie is geen afhankelijk recht.* Naar de heersende leer is de vordering van de crediteur op de garant geen van de gegarandeerde vordering afhankelijk recht,¹³³ zodat deze niet als afhankelijk recht op de cessionaris van de gegarandeerde vordering overgaat.¹³⁴ Deze leer is in overeenstemming met het abstracte karakter dat bankgaranties in de praktijk plegen te hebben. Met deze abstractie is bedoeld dat de garant een eigen, onafhankelijke verplichting tot betaling op zich neemt. Deze verplichting is weliswaar onderworpen aan de in de garantie opgenomen voorwaarden, maar het bestaan en de opeisbaarheid ervan staan los van de verbintenis in verband waarmee de garantie is gesteld.¹³⁵ In afwijking van deze heersende leer verdedigt Bertrams dat de vordering van de crediteur op de garant als afhankelijk recht op de cessionaris van de gegarandeerde vordering overgaat.¹³⁶ Het standpunt van Bertrams lijkt vooral te zijn ingegeven door de wens dat uitsluitend de crediteur van de gegarandeerde vordering een beroep op de garantie kan doen. Mijns inziens miskent hij dat de nauwe samenhang die er in de praktijk is tussen de vordering uit de garantie en de gegarandeerde vordering er niet aan in de weg staat dat de geldvordering uit de garantie een zelfstandig

132 Van Emden bespreekt de mogelijkheid tot verpanding van het recht om onder een garantie te claimen, zie Van Emden 2005, p. 42-43. Bertrams 2004, nr. 12-74, gaat zeer summier in op de vraag of rechten uit een bankgarantie kunnen worden verpand. De door mij gestelde vragen bespreekt hij voor het overige wel voor cessie, maar niet voor verpanding van de rechten uit een bankgarantie.

133 Dit blijkt in ieder geval voor de bankgarantie uit Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1204-1205.

134 Vgl. Pabbruwe 1983, p. 430; Blomkwist 1986, p. 555-556 en Van Achterberg 1999, nr. 11 en Rb. Rotterdam 19 oktober 2005, JOR 2006/83 m.nt. R.I.V.F. Bertrams (ABN AMRO/Fortis).

135 Vgl. Van Emden 2005, p. 3-5.

136 Bertrams 2004, nr. 12-72.

bestaan leidt en zelfstandig wordt overgedragen. Partijen die zo een zelfstandige overdracht niet willen, kunnen zelfstandige overdracht met goederenrechtelijke werking uitsluiten.¹³⁷

Mijnssen kiest positie tussen deze beide standpunten in. Hij stelt zich op het standpunt dat de vordering uit de bankgarantie afhankelijk is van de gegarandeerde vordering in die zin dat de vordering uit de bankgarantie zonder die gegarandeerde vordering niet kan bestaan, maar acht het wel mogelijk dat de vordering uit de bankgarantie wordt overgedragen aan een ander dan de rechthebbende van de gegarandeerde vordering.¹³⁸ Een vordering uit een bankgarantie kan echter (voorwaardelijk) bestaan zonder dat de gegarandeerde vordering bestaat.¹³⁹

Een typerend kenmerk voor een bankgarantie is dat de garant een zelfstandige verbintenis op zich neemt. Die verbintenis kan onderworpen zijn aan één of meer ontbindende of opschortende voorwaarden, bijvoorbeeld de voorwaarde dat de gegarandeerde vordering van de begunstigde is tenietgegaan, maar noodzakelijk is dat niet. Mijns inziens is de heersende leer juist en is een vordering op een garant geen van de gegarandeerde vordering afhankelijk recht.

407. *Is de geldvordering uit een bankgarantie een nevenrecht?* Over de vraag of de geldvordering uit een (bank)garantie als nevenrecht op de verkrijger van de 'gegarandeerde' vordering overgaat bestaat meer verdeeldheid. Duidelijk is dat de overgang van de vordering uit de garantie op een derde kan worden uitgesloten. In dat geval kan de vordering uit de garantie noch door overdracht, noch als nevenrecht overgaan op de verkrijger door overdracht van de gegarandeerde vordering.¹⁴⁰

Van Achterberg stelt zich op het standpunt dat een vordering uit een bankgarantie een nevenrecht is, omdat de inhoud van de gegarandeerde vordering in sterke mate door de garantie wordt bepaald en die vordering door overdracht geen wijziging mag ondergaan.¹⁴¹ In dit stand-

137 Vgl. art. 3:83 lid 2 BW en par. 6.4.4 hiervóór.

138 Mijnssen 1984, p. 40-41 en 70.

139 In dezelfde zin Rb. Rotterdam 19 oktober 2005, JOR 2006/83 m.nt. R.I.V.F. Bertrams (ABN AMRO/Fortis).

140 Vgl. Van Achterberg 1999, nr. 11 en de daar genoemde auteurs. Zie voor een voorbeeld in de jurisprudentie waarin werd geoordeeld dat de vordering uit een bankgarantie niet als nevenrecht overgaat op de verkrijger door overdracht van de gegarandeerde vordering, indien onoverdraagbaarheid van de vordering uit de garantie is overeengekomen: Rb. Utrecht 10 september 1997, JOR 1998/34 m.nt. J.J. van Hees (Graser/Crediet & Effectenbank).

141 Van Achterberg 1999, nr. 11. Ook Mijnssen heeft verdedigd dat de vordering uit een bankgarantie een nevenrecht is; zie Mijnssen 1984, p. 41 en 71.

punt ligt besloten dát de gegarandeerde vordering wijziging ondergaat door een overdracht waarbij niet tevens de vordering uit de garantie op de verkrijger overgaat. Dit is niet zo. Weliswaar kan de kans dat de cessionaris van de vordering verhaal kan nemen indien zijn vordering wordt voldaan kleiner worden als hij niet tevens de vordering uit de garantie verkrijgt, maar aan de inhoud van de overgedragen vordering verandert daardoor niets.

J.J. van Hees heeft een genuanceerder standpunt ingenomen: tussen de vordering uit de bankgarantie en de gegarandeerde vordering bestaat een zodanig verband dat de vordering uit de garantie een nevenrecht is, tenzij uit de garantie voortvloeit dat dit niet zo is.¹⁴²

Naar mijn mening moet worden aangenomen dat een vordering uit een abstracte bankgarantie geen nevenrecht is. Het zijn van nevenrecht van een vordering uit een bankgarantie is niet te verenigen met het zelfstandige karakter van een vordering uit een abstracte bankgarantie. Slechts indien een - in de praktijk a-typische - bankgarantie geen *abstracte* bankgarantie is, is er ruimte voor de aanname dat de vordering uit de bankgarantie een nevenrecht van de gegarandeerde vordering is. Of dit zo is, zal door uitleg van hetgeen in de bankgarantie is bepaald moeten worden vastgesteld.

408. *Conclusie.* Door cessie van de gegarandeerde vordering gaat een vordering uit een tot zekerheid voor de nakoming van de gegarandeerde vordering gestelde abstracte bankgarantie noch als afhankelijk recht, noch als nevenrecht over op de cessionaris. Is een bankgarantie geen abstracte garantie, dan bestaat de mogelijkheid dat de vordering uit de bankgarantie als nevenrecht overgaat op de cessionaris van de gegarandeerde vordering.

12.9.1.2 Cessie van de geldvordering uit een bankgarantie

409. *Cessie is in beginsel mogelijk.* Is cessie van de geldvordering uit een bankgarantie mogelijk? De aard van de vordering op de garant verzet zich niet tegen overdracht daarvan.¹⁴³ Cessie van de geldvordering uit een

142 In zijn noot onder Rb. Utrecht 10 september 1997, JOR 1998/34 (Graser/Crediet & Effectenbank). In dit vonnis oordeelde de rechtbank dat de vordering uit de garantie door cessie van de gegarandeerde vordering op de cessionaris was overgegaan.

143 Voor bankgaranties wordt in de literatuur algemeen aangenomen dat de aard van de vordering op de bank zich niet tegen overdracht daarvan verzet. Vgl. Pabbruwe 1983, p. 429, Mijnsen 1984, p. 66-67, Van Achterberg 1999, nr. 11 en Pabbruwe 2000, p. 65.

bankgarantie is dan ook mogelijk als geen onoverdraagbaarheid daarvan tussen de cedent en de debiteur is overeengekomen.¹⁴⁴

Ook in het uitzonderlijke geval dat de geldvordering uit de bankgarantie wel een nevenrecht is, is deze voor 'zelfstandige overdracht', overdracht aan een ander dan de rechthebbende van de gegarandeerde vordering, vatbaar. Dat een recht een nevenrecht is, staat er niet aan in de weg dat dit afzonderlijk wordt gecedeerd. Met betrekking tot rentevorderingen blijkt zulks expliciet uit de wetsgeschiedenis.¹⁴⁵ Er is geen reden om voor andere nevenrechten, mits zij geen afhankelijk rechten zijn, anders te oordelen.¹⁴⁶ Is de geldvordering uit de garantie afzonderlijk gecedeerd, dan zal deze vordering niet langer als nevenrecht op een verkrijger van de gegarandeerde vordering kunnen overgaan.

12.9.1.3 Overgang van de claimbevoegdheid op de cessionaris

410. *Verschillende opvattingen.* Een andere vraag is of de bevoegdheid om onder de garantie te claimen, de bevoegdheid om de aan de geldvordering uit de garantie-overeenkomst verbonden opschortende voorwaarde(n) in vervulling te doen gaan, op de verkrijger van de geldvordering uit een bankgarantie overgaat als hij de geldvordering uit de garantie als nevenrecht verkrijgt of deze vordering aan hem wordt overgedragen.

Onbetwist is dat de claimbevoegdheid niet overgaat op de verkrijger van de geldvordering, als de overgang van deze bevoegdheid in de garantie-overeenkomst is uitgesloten.¹⁴⁷ Voor het overige wordt de vraag of en zo ja in welke gevallen de claimbevoegdheid door een cessionaris kan worden uitgeoefend, in de literatuur en de lagere jurisprudentie (een richtinggevend arrest van de Hoge Raad over deze kwestie is er niet) niet eenstemmig beantwoord. De overheersende opvatting is dat de claimbevoegdheid uitsluitend overgaat op de cessionaris indien de garant daarin toestemt, eventueel doordat hij daarin reeds bij voorbaat had toegestemd doordat in de garantie is bepaald dat bij overdracht van de rechten uit de garantie ook de claimbevoegdheid over kan gaan.^{148,149}

144 Art. 3:83 BW. Vgl. ook par. 6.4.4 hiervóór.

145 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 528-529 en Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 565.

146 Zo ook Van Mierlo 2004 (Verbintenissenrecht), art. 142, aant. 6.

147 Vgl. Van Achterberg 1999, nr. 11.

148 Vgl. Pabbruwe 1983, p. 429-432, Boll 1984, p. 103, Van Achterberg 1999, nr. 11, Pabbruwe 2000, p. 66-67, Van Emden 2005, p. 39-42, Hof Amsterdam 21 februari 1991, NJ 1992, 141 (Friese Bondsspaarbank/Amro) en Hof Amsterdam 25 maart 2004, JOR 2004/279 m.nt. R.I.V.F. Bertrams (Oberbank/Cohen). Anders: →

Voornaamste argument voor deze opvatting is dat de debiteur van de gegarandeerde vordering, op wie de garant veelal regres zal kunnen nemen voor het door hem uit hoofde van de garantie betaalde bedrag, bij zijn overwegingen die geleid hebben tot het doen stellen van de garantie, de kans dat de begunstigde zonder goede grond een beroep op de garantie zal doen een rol zal hebben laten spelen. Daarbij zal zijn vertrouwen in die specifieke persoon een rol hebben gespeeld.¹⁵⁰

Bertrams verbindt hieraan de conclusie dat aan de hand van de omstandigheden van ieder concreet geval moet worden beoordeeld of de bevoegdheid om een beroep op de garantie te doen aan de verkrijger van de vordering uit de garantie toekomt.¹⁵¹

411. *Overdracht of overgang als nevenrecht?* Bij de beantwoording van de vraag of de claimbevoegdheid kan worden uitgeoefend door de cessionaris van de vordering uit een bankgarantie, is van belang dat de claimbevoegdheid een wilsrecht is. Mijns inziens is dit wilsrecht zodanig verbonden aan de geldvordering uit de bankgarantie, dat het niet als een zelfstandig vermogensrecht kan worden beschouwd en is het om die reden niet voor overdracht vatbaar. Zo beschouwd heeft de overdracht van de claimbevoegdheid aan de verkrijger van de geldvordering uit de garantie geen zelfstandige betekenis

Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 10 juli 1995, NJ 1997, 283 (Fradim en Worms/MeesPierson), dat oordeelde dat de claimbevoegdheid kan worden overgedragen tenzij de onoverdraagbaarheid ervan is overeengekomen. Mijnsen 1984, p. 67-68, is van mening dat de claimbevoegdheid niet kan worden overgedragen; hij laat zich niet uit over overdracht van de claimbevoegdheid met toestemming van de garant.

149 In Rb. Haarlem 12 januari 1993, NJ 1995, 53 (Stuifbergen/Verenigde Spaarbank), is voor wat betreft de overdraagbaarheid van de claimbevoegdheid uit een bankgarantie onderscheid gemaakt tussen het recht om onder de bankgarantie te claimen en om daaronder te claimen onder de voorwaarde dat de garantie niet wordt verlengd. De rechtbank oordeelde dat uitsluitend dit laatste recht kan worden overgedragen. Pabbruwe 1995, p. 605-606, heeft er op gewezen dat er geen goede grond voor dit onderscheid is, omdat zo een claim onder voorwaarde leidt tot een onvoorwaardelijke claim indien de voorwaarde niet tijdig (voordat de garantie door tijdsverloop eindigt) wordt vervuld. Ik onderschrijf zijn standpunt. Met Bertrams 2004, nr. 12-70, laatste zin, meen ik bovendien dat het recht om te claimen onder voorwaarde het recht om te claimen impliceert.

150 Vgl. Van Achterberg 1999, nr. 11, Bertrams 2004, nr. 12-69 en Van Emden 2005, p 39-40.

151 Bertrams 2004, nr. 12-72 en Bertrams in zijn noot onder Rb. Rotterdam 19 oktober 2005, JOR 2006/83 (ABN AMRO/Fortis). In zijn noot onder Hof Amsterdam 25 maart 2004, JOR 2004/279, stelde Bertrams zich nog op het standpunt, dat door cessie van de rechten uit een bankgarantie uitsluitend de geldvordering - en dus niet de claimbevoegdheid - overgaat.

Dat de claimbevoegdheid niet vatbaar is voor overdracht, wil echter niet zeggen dat overgang daarvan als nevenrecht op de verkrijger van de geldvordering uit de bankgarantie niet mogelijk zou zijn.¹⁵² Bij de beantwoording van de vraag of de claimbevoegdheid als nevenrecht overgaat op de verkrijger van de gegarandeerde vordering, moet onderscheid worden gemaakt tussen de vraag of de *aard* van die bevoegdheid zich tegen uitoefening daarvan door een derde verzet en de mogelijkheid om *overeen te komen* dat de bevoegdheid om een beroep op de garantie te doen al dan niet door een derde kan worden uitgeoefend.

412. *De aard van de claimbevoegdheid.* De aard van de claimbevoegdheid verzet zich er mijns inziens in de regel niet tegen dat deze door een ander dan de (eerste) begunstigde wordt uitgeoefend. Daarbij is van belang dat dit een bevoegdheid van de *begunstigde* jegens de bank is en niet van de *crediteur van de gegarandeerde vordering*. Tenzij sprake is van een prestatie van de garant waarbij de persoon van de begunstigde een rol speelt, hetgeen bij de betaling van een geldsom uit hoofde van een bankgarantie niet snel het geval zal zijn, verzet de aard van de prestatie zich niet tegen uitoefening van de claimbevoegdheid door een ander dan de 'eerste' begunstigde.¹⁵³

413. *Het al dan niet overeengekomen zijn van overgang van de claimbevoegdheid.* Bij veel bankgaranties is een eenvoudig verzoek tot betaling onder de garantie voldoende om, tezamen met het voldoen aan enige formaliteiten, de voorwaarde(n) waaraan de vordering op de garant onderworpen is te vervullen. Dit onderstreept het belang dat de debiteur van de gegarandeerde vordering bij de persoon van de begunstigde heeft. Dat de persoon van de begunstigde relevant zal zijn voor de debiteur van de gegarandeerde vordering, brengt met zich mee dat dit belang een rol dient te spelen bij de uitleg van wat de bank inzake de vatbaarheid voor overgang van de claimbevoegdheid kennelijk heeft bedoeld. Gelet op dit belang moet worden aangenomen dat de bank de bedoeling zal hebben gehad dat de verkrijger van de vordering uit de bankgarantie niet bevoegd is om een beroep op de garantie te doen tenzij het - door uitleg van de garantie vast te stellen - tegendeel blijkt.¹⁵⁴

152 Vgl. Snijders 1999, p. 564-565.

153 Zo begrijp ik ook Van Achterberg 1999, nr. 11.

154 Zo begrijp ik ook Hof Amsterdam 21 februari 1991, NJ 1992, 141 (Frieze Bonds-spaarbank/Amro).

414. *Conclusie.* Mijn conclusie is dat het recht om een beroep op de garantie te doen niet als nevenrecht op de verkrijger van de geldvordering uit de garantie overgaat, tenzij de garant de door uitleg vast te stellen bedoeling heeft gehad dit recht in geval van overgang van de gegarandeerde vordering wel op de verkrijger daarvan te doen overgaan.

Om disputen te voorkomen over de (on)bevoegdheid tot uitoefening van de claimbevoegdheid door een verkrijger van de vordering uit de garantie, doen betrokkenen er verstandig aan om deze (on)bevoegdheid, evenals de (on)overdraagbaarheid van de vordering uit de garantie, steeds expliciet in de garantie vast te (laten) leggen.

12.9.1.4 De positie van de pandhouder

415. *Analogie met cessie.* Wat kan uit dit alles worden afgeleid voor de positie van de pandhouder indien een derde zich voor de verpande vordering garant heeft gesteld of indien de vordering uit de garantie is verpand? Mijs inziens is er geen reden om in dit opzicht een pandhouder anders te behandelen dan een cessionaris.

De verpanding van een vordering tot zekerheid waarvoor een abstracte bankgarantie is gesteld, leidt er niet toe dat de pandhouder enig recht aan de bankgarantie kan ontleen, in het uitzonderlijke geval dat een bankgarantie geen abstracte garantie is, bestaat de mogelijkheid dat de vordering uit de bankgarantie voor inning door de pandhouder vatbaar is zonder dat daarop een pandrecht is gevestigd.

De vordering uit een bankgarantie is in beginsel voor verpanding vatbaar. De aard van een geldvordering uit een bankgarantie verzet zich niet tegen de verpanding ervan. Tenzij is overeengekomen dat de vordering niet kan worden verpand, kan deze naar geldend recht worden verpand.¹⁵⁵

Is de geldvordering uit de bankgarantie aan de pandhouder verpand, dan kan deze door de inningsbevoegde pandhouder worden geïnd indien rechtsgeldig onder de bankgarantie is geclaimd.

De conclusie is gerechtvaardigd dat aan de houder van een pandrecht op een vordering uit een bankgarantie niet de bevoegdheid toekomt om een beroep op de garantie te doen, tenzij de garant de door uitleg vast te stellen bedoeling heeft gehad dat de claimbevoegdheid door de pandhouder kan worden uitgeoefend.

155 Zie over overeengekomen onverpandbaarheid hiervóór par. 6.4.4.

12.9.2 Rechten uit een '403-verklaring'

416. *Art. 2:403-404 BW.* Een tot een groep behorende rechtspersoon (hierna: de 'dochtervennootschap') hoeft haar jaarrekening niet in te richten overeenkomstig de voorschriften in titel 2.9 BW, als voldaan is aan een aantal in art. 2:403 BW opgenomen voorwaarden. Eén van deze voorwaarden is dat een andere vennootschap (hierna: de 'moedervernootschap'), die voldoet aan een aantal vereisten,¹⁵⁶ zich hoofdelijk aansprakelijk heeft verklaard voor de schulden die voortvloeien uit de rechtshandelingen van de dochtervennootschap. Een dergelijke aansprakelijkheidsverklaring wordt hierna een 403-verklaring genoemd.

De moedervernootschap kan haar aansprakelijkheid voor schulden uit toekomstige rechtshandelingen van de dochtervennootschap beëindigen door intrekking van haar 403-verklaring. Onder voorwaarden kan de moedervernootschap ook haar aansprakelijkheid voor schulden uit reeds verrichte rechtshandelingen doen eindigen. Tegen het ten kantore van het handelsregister neergelegde voornemen tot intrekking van de verklaring kan een schuldeiser van de dochtervennootschap zich verzetten.¹⁵⁷

417. *Kwalificatie.* In het arrest Akzo Nobel/ING oordeelde de Hoge Raad dat het een kwestie van uitleg is wat een 403-verklaring in een concreet geval inhoudt, waarbij moet worden gelet op de aard van de verklaring en waarbij de strekking van art. 2:403 BW een rol speelt.¹⁵⁸ In het algemeen zal een 403-verklaring een eenzijdige rechtshandeling zijn.¹⁵⁹ Uit deze rechtshandeling kan een vordering van elke crediteur van de dochtervennootschap op de moedervernootschap ontstaan, mits de vordering van de crediteur op de dochtervennootschap ontstaan is uit een rechtshandeling met de dochtervennootschap. In voornoemd arrest oordeelde de Hoge Raad dat een 403-verklaring geen borgtocht is en dat de vorderingen die eruit ontstaan geen van de vorderingen van de crediteuren op de dochtervennootschap afhankelijke rechten zijn.¹⁶⁰

418. *Discussie over de afhankelijkheid van de 403-vordering.* Op het oordeel van de Hoge Raad dat de 403-verklaring geen borgtocht en de vordering

156 Deze vereisten zijn opgenomen in art. 2:403 lid 1 sub c BW

157 Dit alles is bepaald in art. 2:404 BW

158 HR 28 juni 2002, JOR 2002/136 m nt Steef M. Bartman, NJ 2002, 447 m nt Ma (Akzo Nobel/ING)

159 Vgl. het arrest Akzo Nobel/ING, Asser/Hartkamp 4-1 2004, nr 52 en Asser/Maeijer 2-III 2000, nr 439

160 In ro 345-346

uit de 403-verklaring geen afhankelijk recht is, is kritisch gereageerd door Schoordijk.¹⁶¹ Met onder meer een beroep op het beoogde subsidiaire karakter van de vordering uit een 403-verklaring betoogt Schoordijk dat zo een verklaring als een borgtocht geduid moet worden. In deze opvatting was de Ondernemingskamer hem in het door de Hoge Raad gecasseerde arrest voorgegaan.¹⁶²

Bartman heeft hier tegenin gebracht dat het eenzijdige, niet tot één of meer bepaalde schuldenaren gerichte karakter van de 403-verklaring zich niet laat verenigen met het op wilsovereenstemming tussen één of meer schuldeisers en de borg gebaseerd zijn van een borgtocht.¹⁶³

Bartman heeft er later voor gepleit om de concrete aanspraak uit een 403-verklaring van een individuele crediteur van de dochtervennootschap wél als een afhankelijk recht te zien. Zijn motivering hiervoor is dat de vordering uit een 403-verklaring zodanig verbonden is met de vordering op de dochtervennootschap, dat de eerste zonder de tweede niet kan bestaan.¹⁶⁴

In afwijking van hetgeen de Hoge Raad overwoog in het arrest Akzo Nobel/ING meen ik met Bartman dat niet de 403-verklaring zelf, maar wel de daaruit voortvloeiende vordering op de moedervennootschap een afhankelijk recht is. Consequentie van deze opvatting is dat bij cessie van de vordering op de dochtervennootschap de vordering op de moedervennootschap uit de 403-verklaring als afhankelijk recht op de cessionaris overgaat.¹⁶⁵ Een andere consequentie van deze opvatting is dat de vordering uit een 403-verklaring niet (zelfstandig) overdraagbaar en daarom ook niet vatbaar voor verpanding is.¹⁶⁶

Opmerking verdient dat de cessionaris van de vordering op de dochtervennootschap ook een beroep op de 403-verklaring zou kunnen doen als hij niet, door overgang daarvan als afhankelijk recht of door overdracht, rechthebbende van de vordering van de cedent uit de 403-verklaring zou zijn geworden, aangenomen dat de verklaring voldoet aan het wettelijk voorschrift dat de moedervennootschap door het afleggen van de verklaring aansprakelijkheid heeft aanvaard voor al de schulden die uit de rechtshandelingen van de dochtervennootschap voortvloeien.¹⁶⁷ De

161 Schoordijk 2003, p. 59-82

162 Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2001, JOR 2001/170 m nt. Steef M. Bartman.

163 Bartman 2004.

164 De definitie die art 37 BW geeft van afhankelijk recht.

165 Bartman 2004, p. 51.

166 Zie hiervoor par 6.4.

167 Art. 2:403 lid 1, aanhef en sub f BW.

cessionaris heeft, als schuldeiser van de dochtervennootschap, een eigen vordering uit hoofde van de 403-verklaring.¹⁶⁸ Zo een 'eigen vordering' heeft de cessionaris vanzelfsprekend niet als de aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor schulden uit reeds verrichte rechtshandelingen vóór de cessie is geëindigd.¹⁶⁹

419. *Is een 403-vordering een nevenrecht?* In een na het arrest Akzo Nobel/ING gewezen vonnis heeft Rechtbank 's-Gravenhage overwogen dat een vordering uit een 403-verklaring weliswaar niet als een afhankelijk recht, maar wel als een nevenrecht is aan te merken. De rechtbank stelt terecht dat er nevenrechten zijn die niet tevens een afhankelijk recht zijn; vergelijk het in lid 2 van art. 6:142 BW genoemde recht op bedongen, maar nog niet opeisbare rente.¹⁷⁰

Er is geen dogmatisch bezwaar tegen het betitelen van een vordering uit een 403-verklaring als nevenrecht. Nevenrechten zijn rechten van uiteenlopende aard en er bestaat geen heldere definitie van het begrip nevenrecht.¹⁷¹ Bij het oordeel van de rechtbank dat een '403-vordering' een nevenrecht is, sluit ik mij aan. Ook als een vordering uit een 403-verklaring, anders dan ik hiervoor verdedigde, geen afhankelijk recht is, is een dergelijke vordering mijns inziens wel een nevenrecht.¹⁷²

420. *Is het wenselijk dat een pandhouder of cessionaris de moedervennootschap kan aanspreken onder een 403-verklaring?* Zouden een cessionaris en een inningsbevoegde pandhouder zich op een 403-verklaring kunnen beroepen, dan zou dat in overeenstemming zijn met de waarborg die de wetgever met een dergelijke verklaring heeft beoogd. Dat de cedent dat na cessie van de vordering op de dochtervennootschap dan niet meer zou kunnen, is redelijk omdat hij bij deze waarborg na overdracht van zijn vordering geen (direct) belang meer heeft; dat belang heeft de cessionaris. Dat de niet tot inning bevoegde pandgever de '403-vordering' op de moe-

168 Vgl. ook Bartman in nr 2 van zijn noot in JOR onder HR 28 juni 2002, JOR 2002/136, NJ 2002, 447 m.nt. Ma (Akzo Nobel/ING).

169 Vgl. Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, JOR 2007/53 m.nt. A.J. Verdaas (NCM/Den Heijer).

170 Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, JOR 2007/53 m.nt. A.J. Verdaas (NCM/Den Heijer).

171 Zie hiervoor par. 12.6.4.

172 Zie ook mijn noot in JOR onder het vonnis. Anders Faber in nr. 3.2 van zijn noot onder Hof 's-Gravenhage 6 februari 2007, JOR 2007/103 (Citibank/KPN). Faber stelt dat "(...) een zelfstandige vordering niet als nevenrecht in aanmerking komt." In dit arrest lijkt het hof (in r.o. 53) aan te nemen dat een vordering uit een 403-verklaring noch een afhankelijk recht, noch een nevenrecht is.

dervennootschap niet zou kunnen innen ligt minder voor de hand omdat hij wel de rechthebbende van de vordering op de dochtervennootschap is. Het ligt echter nog minder voor de hand om de bevoegdheid tot inning van de vordering op de dochtervennootschap te scheiden van de bevoegdheid om de vordering uit de 403-verklaring te innen. Zo een scheiding is ook niet wenselijk. Door het 'achterblijven' van vorderingen uit 403-verklaringen bij schuldeisers die hun vorderingen hebben gecedeerd, kunnen zeer complexe en diffuse situaties ontstaan.¹⁷³ Dat is in het bijzonder het geval als ook de verkrijger van de gecedeerde vordering de moedervennootschap onder de 403-verklaring kan aanspreken.¹⁷⁴

421. *De houder van een pandrecht op de vordering op de dochtervennootschap is geen rechthebbende van de 403-vordering.* Wat betekent dit alles voor de mogelijkheden van een inningsbevoegde houder van een pandrecht op een vordering op de dochtervennootschap om een beroep op een 403-verklaring te doen en om tegen de intrekking daarvan ex art. 2:404 BW in verzet te komen? Zoals gezegd is voor de vraag wie welk recht aan een 403-verklaring kan ontlelen bepalend hoe deze verklaring moet worden uitgelegd. De houder van een pandrecht op een vordering waarvoor een moedervennootschap een 403-verklaring heeft afgelegd is, althans in goederenrechtelijke zin, geen schuldeiser van de vordering op de dochtervennootschap. Een 403-verklaring zal veelal wel zo moeten worden uitgelegd, dat deze een vordering van een crediteur van de dochtervennootschap op de moedervennootschap in het leven roept en geen vordering op de moedervennootschap van de houder van een pandrecht op een vordering op de dochtervennootschap. Het is derhalve niet waarschijnlijk dat een pandhouder, zoals een cessionaris, een zelfstandig vorderingsrecht aan een 403-verklaring kan ontlelen.

422. *Pandrecht op een 403-vordering?* Beschouwt men de vordering uit een 403-verklaring - in overeenstemming met het arrest Akzo Nobel/ING - als een niet van de vordering op de dochtervennootschap afhankelijk recht, dan is de '403-vordering' voor verpanding vatbaar. Ook als men de '403-vordering' als een nevenrecht beschouwt, is deze vordering voor zelfstandige verpanding vatbaar.¹⁷⁵ Is de vordering uit de 403-verklaring aan de

173 Vgl. De Neve 2002.

174 Zoals gezegd heeft de cessionaris van de vordering op de dochtervennootschap in beginsel een 'eigen' vordering op de moedervennootschap uit hoofde van de 403-verklaring.

175 Zie par. 12.6.4 hiervóór.

pandhouder verpand, dan is hij bevoegd deze vordering op de moeder-
vennootschap, na mededeling aan haar van zijn pandrecht, te innen en op
het geinde, indien zijn vordering op de pandgever opeisbaar is, verhaal te
nemen

Neemt men echter met mij aan dat een vordering uit een 403-ver-
klaring een afhankelijk recht is, dan is een dergelijke vordering niet (zelf-
standig) overdraagbaar en daarom ook niet vatbaar voor verpanding ¹⁷⁶

423 *Inning door de pandhouder als afhankelijk recht of als nevenrecht?* Neemt
men aan dat de vordering op de moedervennootschap, zoals ik hiervoor
in afwijking van het arrest Akzo Nobel/ING verdedigde, een afhankelijk
zekerheidsrecht is, dan is de inningsbevoegde houder van een pandrecht
op de vordering op de dochtervennootschap bevoegd tot inning van de
vordering op de moedervennootschap uit hoofde van de 403-verklaring,
zie hetgeen hierover in paragraaf 12.6 is gezegd

Ook als de '403-vordering' als een nevenrecht wordt beschouwd,
moet worden aangenomen dat deze kan worden geïnd, met uitsluiting
van de pandgever, door de inningsbevoegde houder van een pandrecht
op de vordering op de dochtervennootschap. Of men een dergelijke vor-
dering al dan niet als een afhankelijk recht beschouwt is hierbij niet van
belang

Dat de '403-vordering' door de houder van een pandrecht op een
vordering op de dochtervennootschap kan worden geïnd, is in overeen-
stemming met de aan het begin van dit hoofdstuk geformuleerde uit-
gangspunten, in het bijzonder het uitgangspunt dat met de inning van een
vordering verband houdende rechten kunnen worden uitgeoefend door
de hoogst gerangschikte openbaar pandhouder, tenzij er een goede reden
is om hem daartoe niet bevoegd te achten

424 *Pandrecht op de 403-vordering en het verzetsrecht* Komt aan de in-
ningsbevoegde houder van een pandrecht op een vordering uit een 403-
verklaring het recht toe om zich ex art. 2:404 BW tegen de onttrekking ervan
te verzetten? Dit verzetsrecht is, in de bewoordingen van art. 2:404 BW,
een recht dat toekomt aan de schuldeiser. In het arrest Akzo Nobel/ING¹⁷⁷
oordeelde de Hoge Raad dat het verzetsrecht niet aan de houder van een
pandrecht op de vordering op de dochtervennootschap toekwam

¹⁷⁶ Zie hiervoor par. 6.4

¹⁷⁷ HR 28 juni 2002, JOR 2002/136 m.nt. Steef M. Bartman, NJ 2002, 447 m.nt. Ma

De Hoge Raad motiveert dit oordeel met twee overwegingen. De eerste overweging is dat de pandhouder niet als schuldeiser kan worden beschouwd.¹⁷⁸ De tweede overweging is dat er ten behoeve van de pandhouder geen pandrecht was gevestigd op de vordering op de moederverenootschap.¹⁷⁹ Uit deze overwegingen van de Hoge Raad mag mijns inziens worden afgeleid dat aan de inningsbevoegde houder van een *pandrecht op een vordering uit een 403-verklaring* het verzetsrecht toekomt omdat dit recht toekomt aan degene die bevoegd is de vordering uit de 403-verklaring te innen. De Hoge Raad lijkt dit recht van de pandhouder (mede) te gronden op art. 3:245 BW, dat de pandhouder het recht geeft rechtsvorderingen in te stellen ter bescherming van het verpande goed.¹⁸⁰ Op grond van een redelijke wetsuitleg komt het verzetsrecht mijns inziens op beide gronden aan de inningsbevoegde pandhouder toe.¹⁸¹

425. *Het verzetsrecht van de pandhouder als de 403-vordering een afhankelijk recht of een nevenrecht is.* Eerder in deze paragraaf heb ik, in afwijking van het arrest Akzo Nobel/ING, verdedigd dat een 403-vordering een afhankelijk recht is zodat daarop geen pandrecht kan worden gevestigd. Dit standpunt impliceert niet dat aan de houder van een pandrecht op een vordering waarvan de crediteur een beroep op de 403-verklaring kan doen het verzetsrecht ex art. 2:404 BW niet toekomt. Met de Hoge Raad meen ik, dat hem in dat geval het verzetsrecht niet op grond van art. 3:245 BW toekomt. Het verzetsrecht strekt dan namelijk niet tot bescherming van het verpande goed (de vordering op de dochterverenootschap), maar tot bescherming van de vordering van de pandgever uit de 403-verklaring op de moederverenootschap.¹⁸² Op grond van een redelijke wetsuitleg mag echter worden aangenomen dat aan de pandhouder die bevoegd is de van de verpande vordering afhankelijke vordering uit de 403-verklaring te innen, het verzetsrecht van art. 2:404 BW toekomt.

Hiervóór verdedigde ik dat de vordering uit een 403-verklaring tevens een nevenrecht is. Neemt men niet aan dat een '403-vordering' een afhankelijk recht is, maar wel dat een dergelijke vordering een nevenrecht is, dan mag, eveneens op grond van een redelijke wetsuitleg, worden aangenomen dat aan de inningsbevoegde houder van een pandrecht op de

178 In r.o. 3.5.3.

179 In r.o. 3.5.4.

180 In r.o. 3.5.4.

181 Bartman lijkt er in nr. 3 van zijn noot in JOR vanuit te gaan dat een beroep op art. 3:245 BW noodzakelijk is.

182 Zie r.o. 3.5.4 van het arrest Akzo Nobel/ING.

vordering op de dochtervennootschap het verzetsrecht van art. 2:404 BW toekomt.

Niets staat er mijns inziens aan in de weg dat daarnaast ook de crediteur van de vordering (de pandgever van de vordering op de dochtervennootschap) het verzetsrecht uitoefent.

Beschouwt men een '403-vordering' als een afhankelijk recht en/of als een nevenrecht, dan kan na cessie van de vordering op de dochtervennootschap de cedent het verzetsrecht niet langer uitoefenen. Hij is na de cessie geen schuldeiser meer van de vordering op de moedervennootschap.

GESCHILLEN MET DE DEBITEUR VAN DE VORDERING

13.1 Inleiding

426. *Plan van behandeling.* In dit hoofdstuk komen enkele kwesties aan de orde die het gevolg zijn van, of nauw samenhangen met, geschillen van de pandgever en/of de inningsbevoegde pandhouder met de debiteur van de vordering. Achtereenvolgens komen aan bod: (i) de vraag aan wie de debiteur van de verpande vordering moet, en bevrijdend kan, betalen; (ii) de vraag wat de gevolgen van het inningsbevoegd worden van de pandhouder zijn voor de verweermiddelen van de debiteur; (iii) de bevoegdheid van de inningsbevoegde pandhouder om in rechte nakoming van de verpande vordering te vorderen; (iv) de gevolgen van het inningsbevoegd worden van de pandhouder voor lopende procedures tussen de pandgever en de debiteur en (v) de vraag wie bevoegd is met de debiteur van de vordering een minnelijke regeling over de vordering te treffen.

Voor al deze kwesties is voor de pandhouder van belang of hij kan beschikken over de op de vordering betrekking hebbende informatie die hij nodig heeft om zijn rechten geldend te kunnen maken. Het recht van de pandhouder op informatie over de verpande vordering is behandeld in paragraaf 9.5, zodat dit recht in dit hoofdstuk buiten beschouwing blijft.

13.2. Bevrijdende betaling door de debiteur

427. *Verplichte betaling aan de pandhouder; weigering of opschorting.* De hoogst gerangschikte openbaar pandhouder is exclusief bevoegd de verpande vordering te innen.¹ De bevoegdheid van de inningsbevoegde pandhouder om nakoming van de verpande vordering te eisen, impliceert de verplichting van de debiteur om aan deze pandhouder te betalen.

De schuldenaar hoeft niet na te gaan of de pandhouder in zijn verhouding tot de pandgever bevoegd was mededeling van zijn pandrecht

1 Art. 3:246 lid 1 jo. lid 3 BW.

aan de debiteur te doen, zodat twijfel aan die bevoegdheid voor hem geen grond is om betaling aan de inningsbevoegde pandhouder te weigeren.²

Betaling aan de pandhouder mag de schuldenaar met een beroep op de onbevoegdheid van de pandhouder om nakoming te vorderen en betalingen in ontvangst te nemen uitsluitend weigeren indien (i) hij op een redelijke grond betwijfelt of degene die zich jegens hem als inningsbevoegde pandhouder voordoet inderdaad pandhouder is of (ii) er meerdere pandrechten aan hem zijn medegedeeld en hij op redelijke grond betwijfelt of de pandhouder die betaling vordert de hoogst gerangschikte openbaar pandhouder is.³

Dit volgt uit de regel dat de schuldenaar die een redelijke grond heeft om aan te nemen dat de zich als inningsbevoegde pandhouder presenterende persoon dat daadwerkelijk is, zich door betaling aan hem kan bevrijden van zijn verplichting jegens zijn schuldeiser, de pandgever.⁴ De schuldenaar die geen redelijke grond heeft om betaling te weigeren mag, bij gebrek aan belang daarbij, betaling niet weigeren.⁵

Een redelijke grond om aan te nemen dat de zich als pandhouder voordoende persoon dat daadwerkelijk is, heeft de schuldenaar mijns inziens als de pandhouder hem (een kopie van) de authentieke of geregistreerde onderhandse akte overlegt waaruit de vestiging van het pandrecht op de betreffende vordering blijkt. Een redelijke grond om aan te nemen dat de pandhouder die zich als de *hoogst gerangschikte* openbaar pandhouder voordoet dat inderdaad is, heeft de schuldenaar als hem uit de (geregistreerde) pandaktes betreffende de aan hem medegedeelde pandrechten blijkt, dat deze pandhouder inderdaad het hoogst gerangschikte pandrecht heeft.

Of met de pandakte de vordering op de schuldenaar is verpand, is een kwestie van uitleg. Het gaat daarbij om de omschrijving van de verpande vordering(en) in de pandakte én van het antwoord op de vraag of de vordering, ten tijde van het ontstaan van het pandrecht, geïndividualiseerd was.⁶

Zolang de schuldenaar op één van de genoemde gronden redelijkerwijs twijfelt over wie jegens hem bevoegd is de vordering te innen, mag hij de betaling van zijn schuld opschorten, zodat hij noch aan de pandgever, noch aan enige pandhouder hoeft te betalen zolang deze rede-

2 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 772 en Reehuis 1987, nr. 391

3 Vgl. Reehuis 1987, nr. 393

4 Art. 6:34 lid 1 BW

5 Zo begrijp ik ook Reehuis 1987, nr. 391

6 Vgl. par. 7.3 en 7.5 hiervóór

lijke twijfel voortduurt.⁷ Voor aanpassing van de hiervoor besproken regels die van toepassing zijn op de betaling door de schuldenaar van de verpande vordering is mijns inziens geen aanleiding.

13.3 Verweermiddelen van de debiteur

428. *Kan de debiteur zijn verweermiddelen aan de pandhouder tegenwerpen?* Art. 6:145 BW bepaalt dat de overgang van een vordering de verweermiddelen van de schuldenaar onverlet laat. Ook een op een vordering gelegd beslag heeft geen gevolgen voor de verweermiddelen van de schuldenaar.⁸ De ratio van deze regels is tweeledig: de vordering ondergaat door de overgang of het beslag geen wijziging en de positie van de schuldenaar moet in geval van overgang van of beslag op de vordering zoveel mogelijk ongewijzigd blijven.⁹

Deze ratio geldt ook voor de positie van de schuldenaar nadat een vordering is verpand en de pandhouder bevoegd is geworden om de vordering te innen. Om die reden kan naar geldend recht de schuldenaar van een verpande vordering aan een inningsbevoegde pandhouder de verweermiddelen tegenwerpen waarop hij zich tegenover zijn schuldeiser, de pandgever, zou kunnen beroepen.¹⁰

Van belang hierbij is dat, afgezien van de eventuele verweermiddelen die de schuldenaar aan zijn rechtsverhouding tot de pandhouder kan ontlenuen, zijn rechtsverhouding tot de pandgever bepalend blijft voor het bestaan casu quo ontstaan van een verweermiddel. Zo zal hij, om zich jegens de pandhouder te kunnen beroepen op het vernietigd of ontbonden zijn van de overeenkomst waaruit de vordering is voortgevloeid, de vernietigings-¹¹ of ontbindingsverklaring¹² aan zijn wederpartij bij de overeenkomst (de pandgever) moeten blijven uitbrengen, ook als de pandhouder inmiddels bevoegd is om de vordering te innen.¹³

7 Art. 6:37 BW. Vgl. ook Reehuis 1987, nr. 393.

8 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 551 en Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 572.

9 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 537 en 542, Van Mierlo 2001 (Verbintenissenrecht), art. 6:145, aant. 1, Mellema-Kranenburg 2007 (T&C Vermogensrecht), art. 6:145 BW, aant. 1 en Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 569.

10 Vgl. HR 18 november 2005, JOR 2006/28 m.nt. N.S.G.J. Vermunt, NJ 2006, 190 (Nap/Rabobank). In deze zin ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 551, Reehuis 1987, nr. 393, Rank-Berenschot 1997b, p. 49-50, Van Achterberg 1999, nr. 17 en Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 572.

11 Art. 3:49 BW.

12 Art. 6:267 BW.

13 In dezelfde zin voor overgang van een vordering Van Achterberg 1999, nr. 17 en Van Mierlo 2001 (Verbintenissenrecht), art. 6:145, aant. 14 en 15.

Opmerking verdient dat de schuldenaar verplicht is de vernietiging of ontbinding mede te delen aan de openba(a)r(e) pandhouder(s).¹⁴

429. *Geen bescherming van de pandhouder tegen verklaringen of gedragingen van de pandgever.* De verweermiddelen van de schuldenaar kunnen niet worden aangetast door verklaringen of gedragingen van de pandgever jegens de pandhouder. Aan verklaringen of gedragingen van de pandgever omtrent het bestaan of de kwaliteit van de vordering, alsmede omtrent eventuele verweermiddelen van de schuldenaar, kan de pandhouder jegens de schuldenaar geen bescherming ontlenen. Bescherming kan hij jegens de schuldenaar slechts ontlenen aan gedragingen of verklaringen van de schuldenaar zelve.¹⁵

430. *Oproeping van de pandgever door de schuldenaar.* In een procedure tussen de schuldenaar en de pandhouder kunnen geen de pandgever bindende oordelen worden geveld over geschillen die niet uitsluitend de verpande vordering betreffen. De schuldenaar kan er belang bij hebben dat in een procedure die de pandhouder jegens hem is gestart kan worden beslist over kwesties die zijn rechtsverhouding met de pandgever betreffen.

Om redenen van proceseconomie is het onwenselijk dat hij daartoe een aparte procedure tegen de pandgever moet voeren. Het is wenselijk dat de schuldenaar de pandgever kan oproepen in een procedure tussen hem en de pandhouder volgens de in art. 118 Rv opgenomen regeling. Door oproeping wordt de pandgever partij in het geding, zodat hij gebonden wordt aan hetgeen de rechter beslist, ook indien hij niet verschijnt.¹⁶ Art. 118 Rv¹⁷ wordt ook wel toegepast in gevallen waarin, anders dan in bijvoorbeeld art. 3:245 BW het geval is, een specifieke bevoegdheid tot

14 Art. 6:149 BW.

15 Art. 3:36 BW. Zie ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 537, 543 en 544-545. In dezelfde zin Reehuis 1987, nr. 393. Vgl. ook HR 17 januari 2003, JOR 2003/52 m.nt. M.H.E. Rongen, NJ 2004, 281 m.nt. HJS (Oryx/Van Eesteren). Uit dit arrest blijkt dat een pandhouder tegen een beding tussen de pandgever en de schuldenaar waarin zij onverpandbaarheid van de vordering zijn overeengekomen slechts kan worden beschermd op grond van art. 3:36 BW, indien hij er op grond van verklaringen of gedragingen van de schuldenaar redelijkerwijze op mocht vertrouwen dat de onoverdraagbaarheid niet was overeengekomen. Zie hierover ook par. 6.4.4.2 hiervóór.

16 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 58.

17 Vóór 1 januari 2002: art. 12a Rv. Met art. 118 Rv lijken door de wetgever voor wat betreft het toepassingsbereik geen wijzigingen ten opzichte van art. 12a (oud) Rv te zijn beoogd: zie Kamerstukken II, 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 102.

oproeping ontbreekt Het artikel leent zich voor overeenkomstige toepassing in een procedure tussen de schuldenaar en de pandhouder, zodat oproeping van de pandgever door de schuldenaar op grond hiervan mogelijk is

13.4 Het vorderen van nakoming door de pandhouder in een procedure tegen de debiteur

431 *De inningsbevoegde pandhouder is exclusief bevoegd* Op grond van art 3 246 lid 1 jo lid 3 BW is de hoogst gerangschikte openbaar pandhouder, met uitsluiting van de pandgever en al de eventuele overige pandhouders, bevoegd in een procedure tegen de debiteur nakoming te eisen van de verpande vordering Deze bevoegdheid van de inningsbevoegde pandhouder is in de wet niet nader geregeld en in de wetsgeschiedenis niet toegelicht

De bevoegdheid impliceert dat de pandhouder als procespartij de debiteur mag dagvaarden en in de procedure als zodanig tegen hem mag optreden ¹⁸ De bevoegdheid van de pandhouder om met uitsluiting van de pandgever in een procedure nakoming van de vordering te eisen, ¹⁹ impliceert ook dat de pandgever aan het oordeel van de rechter over de vordering gebonden is

432 *Het belang van de pandgever bij een procedure tegen de debiteur* De bevoegdheid van de inningsbevoegde pandhouder om de verpande vordering door middel van een procedure te innen, roept de vraag op of de pandgever het recht heeft om in een procedure tussen de pandhouder en de debiteur zijn belangen te behartigen en zo ja op welke wijze Deze vragen worden hierna onderzocht, in samenhang met de vraag of het wenselijk is dat de pandhouder tot inning van de verpande vordering door middel van een procedure bevoegd is Als leidraad worden daarbij de in hoofdstuk 2 geformuleerde uitgangspunten genomen

Het is een redelijke, logische en welhaast noodzakelijke consequentie van het exclusief inningsbevoegd worden van de pandhouder dat hij al de rechten kan uitoefenen waarmee de nakoming van de verpande vordering kan worden afgedwongen, waaronder het vorderen van een veroordeling van de debiteur van de vordering tot betaling daarvan Dat de

18 Vgl Stein 2006 (Vermogensrecht), art 3 246, aant 23 8

19 Art 3 246 lid 1 jo lid 3 BW

inningsbevoegde pandhouder in een procedure nakoming van de vordering kan eisen, is in overeenstemming met het in hoofdstuk 2 geformuleerde uitgangspunt dat hij de rechten kan uitoefenen die met de inning van de verpande vordering samenhangen.

De inning van een verpande vordering door middel van een procedure is geen bevoegdheid die op grond van de wet of de aard van de bevoegdheid exclusief aan de pandgever toekomt. Dat die bevoegdheid toekomt aan de inningsbevoegde pandhouder is derhalve ook in overeenstemming met het uitgangspunt dat persoonlijke rechten van de pandgever niet door de pandhouder kunnen worden uitgeoefend. Inning van de vordering in rechte door de pandhouder is ook in overeenstemming met het uitgangspunt dat uitoefening van een recht door de pandhouder uitsluitend gevolgen mag hebben voor de verpande vordering en niet voor andere rechten en plichten van de pandgever, mits de rechter, waartoe hij mijns inziens gehouden is, zijn beslissingen tot geschillen over de vordering beperkt.

Is inning in rechte ook in overeenstemming met het uitgangspunt dat het door de pandhouder uit te oefenen recht een beheersdaad is die geen ingrijpende gevolgen heeft voor de positie van de pandgever? Enerzijds is de inning van een vordering een beheersdaad bij uitstek. Zonder (uitzicht op) een prestatie is een vordering waardeloos. Anderzijds kan de vaststelling van de vordering in rechte ingrijpende gevolgen hebben voor de pandgever doordat hij er rechtstreeks in zijn vermogen door kan worden geraakt. Voorstelbaar is bijvoorbeeld dat de pandhouder zich onvoldoende inspant om het bestaan van de vordering te bewijzen en dat deze om die reden wordt afgewezen, hoewel bewijs van de vordering wel mogelijk geweest zou zijn. Dit bezwaar tegen inning in rechte door de pandhouder zou niet of in veel minder mate gelden, als de pandgever zijn belangen in een procedure tussen de pandhouder en de debiteur zou kunnen behartigen. Hierna wordt onderzocht of de pandgever zich daartoe kan voegen in zo een procedure.

433. *Mag de pandgever zich voegen?* Op grond van de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen de pandgever en de pandhouder beheerst, is de pandhouder er bij de uitoefening van zijn bevoegdheid om de vordering in rechte te innen jegens de pandgever toe gehouden om in voldoende mate rekening te houden met diens belangen.²⁰ In verband met

20 Zoals in par 1 4 is aangekondigd, laat ik de toepassing van dergelijke algemene leerstukken buiten beschouwing

de ingrijpende gevolgen die een procedure over de verpande vordering tussen de pandhouder en de debiteur kan hebben voor de pandgever, is dit mijns inziens onvoldoende waarborg voor de behartiging van de belangen van de pandgever. Het is wenselijk dat de pandgever in een procedure tussen de pandhouder en de debiteur de mogelijkheid heeft om zelf zijn belangen te behartigen.

De pandgever zou tot behartiging van zijn belangen in een procedure tussen de pandhouder en de schuldenaar in staat zijn, indien hij in een procedure tussen de pandhouder en de debiteur zou kunnen interveniëren door zich daarin te voegen aan de zijde van de pandhouder.²¹ Daardoor zou hij partij worden in die procedure.²² Op die wijze zou de pandgever zijn belangen kunnen behartigen.

De pandgever kan zich uitsluitend voegen in een procedure als hij bij de uitkomst daarvan voldoende belang heeft.²³ Onderwerp van het geschil tussen de pandhouder en de debiteur is een vordering die tot het vermogen van de pandgever behoort. Het niet uitgesloten zijn van regres op een derde door één van de procespartijen, na toewijzing van een vordering op die partij, is door de Hoge Raad beschouwd als een voldoende belang om die derde het recht te geven zich aan de zijde van die procespartij in het geding te voegen.²⁴ Dat een beslissing in een procedure een derde *in zijn vermogen kan raken*, lijkt op grond hiervan een voldoende belang te zijn om de derde als gevoegde partij in het geding toe te laten. A priori volgt hieruit dat een derde, zoals een pandgever, bij een procedure over een vordering *die tot zijn vermogen behoort* het voor voeging vereiste belang heeft.

Opmerking verdient dat de Hoge Raad in oudere rechtspraak een strenger criterium hanteerde. Voor voeging was vereist dat het recht van de partij die zich wilde voegen in de procedure kon worden aangetast. Het risico van de vermindering van feitelijk genot was bijvoorbeeld onvoldoende.²⁵

434. *Verplichte deelname door de pandgever?* Men kan zich afvragen of het niet de voorkeur verdient dat de pandgever in het geding tussen de pandhouder en de debiteur moet worden opgeroepen, zoals het geval is als de

21 Art 217 Rv

22 Zie Van Rossem/Cleveringa 1972, art 285, aant 1

23 Art. 217 Rv

24 HR 22 mei 1992, NJ 1992, 512 (Oorthuizen/Huige en Nederland)

25 Vgl Van Rossem/Cleveringa 1972, art 285, aant 4 en de daar genoemde rechtspraak

pandhouder een rechtsvordering tegen een derde instelt ter bescherming van het verpande goed ex art 3 245 BW Voeging is geen verplichting, maar een mogelijkheid tot vrijwillige deelname aan een procedure Een oproeping leidt tot een gedwongen deelname aan de procedure²⁶ Bij de vordering ex art 3 245 BW is er een goede reden tot gedwongen deelname aan de procedure door de pandgever casu quo de pandhouder Die reden is dat zonder deelname aan de procedure de pandgever (casu quo de pandhouder als de pandgever een vordering tegen een derde instelt) niet aan de in de procedure gegeven beslissing gebonden zou zijn²⁷

Nu de pandgever aan een beslissing van de rechter in een procedure tussen de inningsbevoegde pandhouder en de debiteur van de verpande vordering wel gebonden is, is binding van de pandgever aan de beslissingen in een dergelijke procedure geen reden tot verplichte deelname daaraan door de pandgever Een goede andere reden om de pandgever te verplichten tot deelname aan een dergelijke procedure is er mijns inziens niet

Er is geen reden om de pandgever die een procedure over de verpande vordering geheel aan de pandhouder wil overlaten daartoe niet vrij te laten De schuldenaar zal wel een goede reden kunnen hebben om de pandgever op te roepen in een procedure tussen hem en de pandhouder, zie paragraaf 13 3 hiervoor

435 *Een beding over geschilbeslechting bindt de pandhouder* Opmerking verdient nog, dat de pandhouder gebonden is en de debiteur gebonden blijft aan hetgeen ten aanzien van de geschilbeslechting tussen de pandgever en de debiteur is overeengekomen²⁸ Deze regel is een uitvloeisel van het gegeven dat de vordering door de verpanding geen wijziging ondergaat²⁹ Te denken valt aan een beding waarbij de rechter van een bepaalde plaats met uitzondering van andere rechters bevoegd is verklaard, of aan een beding waarbij partijen voor beslechting van geschillen door middel van arbitrage hebben gekozen Is bijvoorbeeld overeengekomen dat geschillen over de vordering door de schuldeiser mogen worden voorgelegd aan een bindend adviseur, dan is ook de inningsbevoegde pandhouder daartoe bevoegd Ook gemaakte bewijsafspraken gelden tussen de pandhouder en de debiteur

26 Art 118 Rv

27 Aldus Parl Gesch Boek 3, p 770

28 Zie Parl Gesch Boek 6, p 542-544 In dezelfde zin voor cessie Wiarda 1937, p 282, Van Achterberg 1999, nr 17 en Asser/Hartkamp 4 I 2004, nr 571

29 Vgl ook par 2 3 en 6 4 3 hiervoor

436. *De pandhouder is niet tot procederen verplicht.* Opgemerkt zij daarnaast nog, dat de pandhouder weliswaar de belangen van de pandgever in zijn afwegingen dient te betrekken, maar dat deze verplichting niet zó verstrekkend is dat de hoogst gerangschikte openbaar pandhouder gehouden zou zijn een procedure tegen een niet vrijwillig betalende schuldenaar te voeren.³⁰ De pandhouder die niet tegen de debiteur wil procederen, kan het voeren van zo een procedure aan de pandgever overlaten door hem toestemming te verlenen om de vordering te innen.³¹

Aannemelijk is dat de pandhouder die afziet van een procedure gehouden is die toestemming aan de pandgever te verlenen. Weigert de pandhouder zijn toestemming, dan is hij gehouden een procedure tegen de debiteur te voeren. Weigert de pandhouder het voeren van een procedure en geeft hij de pandgever geen toestemming om de vordering te innen, dan kan de pandgever de kantonrechter om die toestemming verzoeken.³²

437. *Bindend advies of arbitrage.* Hetgeen in deze paragraaf voor de beslechting door de gewone rechter van geschillen met de debiteur is behandeld, zal voor zover mogelijk analogisch moeten worden toegepast in geval van beslechting van een geschil op een andere wijze, zoals door bindend advies of arbitrage.

438. *Geen wetswijziging.* Naar geldend recht zijn de belangen van zowel de inningsbevoegde pandhouder als die van de pandgever in een procedure tussen de pandhouder en de debiteur mijns inziens afdoende gewaarborgd.

13.4.1 *Gevolgen van het inningsbevoegd worden van de pandhouder voor lopende procedures*

439. *Overname door schorsing en hervatting?* In de vorige paragraaf bleek dat de inningsbevoegde pandhouder bevoegd is om de debiteur in een procedure tot nakoming van de verpande vordering te betrekken, terwijl de pandgever zijn bevoegdheid daartoe verliest door het inningsbevoegd worden van de pandhouder. Het is wenselijk dat de pandhouder ook bevoegd is om een lopende procedure tegen de debiteur van de vordering van de pandgever over te nemen.

30 Zo ook Reehuis 1987, nr. 387.

31 Art. 3:246 lid 4 BW.

32 Art. 3:246 lid 5 BW.

De regeling van de schorsing en hervatting biedt uitkomst. Het inningsbevoegd worden van de pandhouder is mijns inziens een grond voor schorsing van een op dat moment tussen de pandgever en de debiteur lopende procedure.³³ Het inningsbevoegd worden van de pandhouder kan worden gelijkgesteld aan de in de wetsgeschiedenis van art. 225 Rv als voorbeeld van deze schorsingsgrond genoemde overgang onder bijzondere titel van het recht dat voorwerp van het geding is.³⁴ Het verlies van inningsbevoegdheid is een voorbeeld van "het ophouden van de betrekkingen waarin een partij het geding voerde"³⁵. Het geding kan na de schorsing door de inningsbevoegde pandhouder worden hervat.^{36,37}

Het is hierbij van belang voor ogen te houden dat de schorsing niet van rechtswege geschiedt, maar dat daarvoor een proceshandeling van de pandhouder, betekening van de schorsingsgrond aan de wederpartij of het nemen van een akte, vereist is. Tot de schorsing blijft de pandgever volledig bevoegd om het geding op eigen naam voort te zetten. Hij kan geldig proceshandelingen blijven verrichten die niet ongeldig zijn of door de pandhouder kunnen worden aangetast op de grond dat de pandhouder op het moment waarop een dergelijke handeling werd verricht reeds bevoegd was tot inning van de vordering waarover wordt geprocedeerd.³⁸

440. *Overname in strijd met art. 3:304 BW?* In afwijking van het hiervoor gestelde overwoog Rechtbank 's-Hertogenbosch dat het inningsbevoegd worden van een pandhouder niet tot gevolg heeft dat deze door schorsing en hervatting een ingestelde rechtsvordering kan overnemen, met als argument dat de pandhouder geen rechtsopvolger van de pandgever is als bedoeld in art. 225 sub c Rv.³⁹ De rechtbank miskent mijns inziens dat in die bepaling is opgenomen dat ook "een andere oorzaak" van "het ophouden van de betrekkingen waarin een partij het geding voerde" een grond voor schorsing van een geding kan zijn.

33 Art 225 lid 1 aanhef en sub c Rv

34 Zie Kamerstukken II 1999/00, 26 855, nr 3, p 130 Vgl ook Kamerstukken II 2002/03, 28 863, nr 3, p 2, waarin de minister van Justitie overweegt dat de overdracht van een vordering door de eisende partij in de loop van een geding een grond is voor schorsing van dat geding op de voet van art 225 lid 1, onder c Rv

35 De in art 225 lid 1 sub c Rv genoemde grond voor schorsing van een geding

36 Art 227 Rv

37 Zie over de schorsing en hervatting van een lopende procedure als gevolg van een cessie tijdens die procedure de noot van E Groot onder HR 28 januari 2005, JBP 2005/32 (Pro Naturae)

38 Zie art 225 lid 2 Rv en vgl Rueb 2005, p 277-278 en 281

39 Rechtbank 's-Hertogenbosch 13 oktober 2004, JOR 2005/46 m nt E Loesberg (Detrum/Gielen)

Anders dan de rechtbank overwoog is de 'overname' van het geding door schorsing en hervatting daarvan door de pandhouder niet in strijd met de bepaling dat een rechtsvordering niet kan worden gescheiden van het recht dat zij beoogt te beschermen.⁴⁰ Dat de rechtsvordering door de inningsbevoegde pandhouder wordt uitgeoefend, scheidt deze rechtsvordering tot nakoming van de verpande vordering niet van de door de pandhouder te innen vordering. In dat opzicht wijkt overname van een lopend geding door de pandhouder niet af van het instellen van een rechtsvordering door de pandhouder, waartoe hij zonder twijfel bevoegd is op grond van art. 3:246 lid 1 BW.⁴¹

441. *Overname en de positie van de debiteur.* Wat zijn de gevolgen voor de debiteur van de vordering van deze wisseling van procespartij na cessie of openbare verpanding? Voor de debiteur kan zulks twee nadelen hebben. Het eerste mogelijke nadeel is dat hij het risico loopt dat de in de kosten veroordeelde cessionaris of pandhouder voor die kostenveroordeling geen verhaal biedt, terwijl de pandgever wel verhaal geboden zou hebben.⁴² Dit mogelijke nadeel is mijns inziens onvoldoende reden om voor een andere regeling te pleiten.

Een ander mogelijk nadeel voor de debiteur is dat hij na de schorsing en hervatting geen reconventionele vordering meer kan instellen tegen de oorspronkelijke eiser (de cedent of de pandgever). De debiteur kan een vordering tegen de oorspronkelijke eiser nog uitsluitend instellen door deze te dagvaarden.⁴³ De debiteur kan zich tegenover de cessionaris casu quo de pandhouder wel beroepen op de verweermiddelen die hij aan de cedent casu quo de pandgever kon tegenwerpen.⁴⁴ Ook kan de debiteur zich binnen de grenzen van art. 6:130 BW op verrekening blijven beroepen en dit beroep op verrekening ook na de overname van het geding aan de cessionaris casu quo de pandhouder tegenwerpen.⁴⁵ Hierdoor wordt de debiteur mijns inziens afdoende beschermd tegen het risico dat aan de eiser een hogere vordering wordt toegewezen dan het geval zou zijn als hij wel een reconventionele vordering had kunnen instellen.⁴⁶

40 Art 3:304 BW

41 In dezelfde zin E. Loesberg in zijn noot onder het vonnis

42 Vgl. Handelingen I 2001/02, 10, p. 489 en Rueb 2005, p. 282

43 Vgl. Handelingen I 2001/02, 10, p. 489 en Rueb 2005, p. 282

44 Art. 6:145 BW. Zie ook Rueb 2005, p. 282 en hiervóór par. 13.3

45 Zie par. 10.5 hiervóór

46 Zie Kamerstukken II 2002/03, 28.863, nr. 3, p. 2-3

Wil de debiteur een andere reconventionele vordering dan een geldvordering instellen tegen de oorspronkelijke eiser, zoals een vordering tot levering van een goed, dan kan hij wel enig nadeel ondervinden van het overgenomen of verpand zijn van de vordering door een cessionaris of pandhouder. Zo een vordering zal door de debiteur veelal in een separate dagvaardingsprocedure jegens de oorspronkelijke eiser moeten worden ingesteld.

Ik meen dat dit nadeel niet opweegt tegen de mogelijke processuele complicaties van een meerpartijenprocedure die het gevolg zou zijn van de mogelijkheid tot het instellen van een reconventionele vordering jegens de oorspronkelijke eiser. Dit beperkte nadeel is inherent aan de, op zichzelf wenselijke, mogelijkheid om een vordering te kunnen overdragen of verpanden, zelfs nog als die inmiddels onderwerp is van een geding tussen schuldeiser en schuldenaar.⁴⁷ De schuldenaar die dit gevolg per se wenst te vermijden, kan zijn vordering door een beding met zijn schuldeiser onoverdraagbaar maken.⁴⁸

442. *Oud procesrecht*. Opgemerkt zij nog, dat onder het tot 1 januari 2002 geldende burgerlijk procesrecht de cessie en verpanding van een vordering niet onder de regeling van de schorsing en hervatting vielen. De cessionaris casu quo de pandhouder waren aangewezen op voeging of tussenkomst.⁴⁹

443. *Voeging door de pandgever*. Is de pandgever bevoegd om zich te voegen in een door de pandgever aanhangig gemaakte procedure die door middel van schorsing en hervatting daarvan is overgenomen door de pandhouder? Mijns inziens is dat inderdaad het geval. Het belang van de pandgever bij de uitkomst van de procedure is even groot als het belang dat hij zou hebben als de procedure zou zijn begonnen door de pandhouder. Ook overigens is er voor de bevoegdheid van de pandgever om zich te voegen geen grond om onderscheid te maken tussen enerzijds procedures die zijn aangevangen door de pandgever maar zijn overgenomen door de pandhouder, en anderzijds procedures die zijn aangevangen door de pandhouder. Op de in de vorige paragraaf uiteengezette gronden moet

47 Zo ook de minister van Justitie in Kamerstukken II 2002/03, 28 863, nr. 3, p. 3. Ook Rueb acht dit mogelijke nadeel voor de debiteur onvoldoende reden om op de overgang van een vordering onder bijzondere titel niet de regeling van de schorsing en hervatting van toepassing te doen zijn; zie Rueb 2005, p. 282.

48 Zie hiervóór par. 6.4-6 4 1 en 6.4.4.

49 Vgl. Rueb 2005, p. 280.

worden aangenomen dat de pandgever bevoegd is zich te voegen in een door de pandhouder van hem, door schorsing en hervatting, overgenomen procedure

13.5 Het treffen van een minnelijke regeling met de debiteur van de vordering

444 *Beheersdaad?* Een minnelijke regeling over de verpande vordering raakt de pandgever in zijn vermogen. Als de pandhouder een minnelijke regeling over de verpande vordering zou kunnen treffen waaraan de pandgever gebonden is, zou dat in strijd zijn met het uitgangspunt dat de pandhouder slechts rechten kan uitoefenen die zijn aan te merken als beheersdaden en die de positie van de pandgever niet ingrijpend beïnvloeden. Dit geldt zowel voor een schikking tussen de pandhouder en de debiteur in het kader van een procedure, tijdens een schikkingscomparitie⁵⁰ of een andere zitting,⁵¹ als voor een minnelijke regeling die buiten zo een zitting tot stand komt.

445 *Is de pandgever gebonden aan een door de pandhouder bereikte schikking?* Dat de pandgever zich in een procedure tussen de pandhouder en de debiteur van de vordering voegt, is geen belemmering voor een schikking tussen de pandhouder en de debiteur zonder dat de pandgever daaraan zijn medewerking verleent. Is de pandgever gebonden aan een schikking in het kader van een procedure tussen de pandhouder en de debiteur? Mijns inziens is dat niet het geval. De enkele bevoegdheid van de pandhouder om een vordering in rechte te innen is onvoldoende grondslag om de pandgever gebonden te achten aan een tijdens een zitting in een procedure tussen de pandhouder en de debiteur bereikte schikkingsovereenkomst.

Aannemelijk is dat naar geldend recht de inningsbevoegde pandhouder eveneens niet bevoegd is de pandgever eenzijdig te binden aan een minnelijke regeling met de debiteur van de vordering, als die regeling is bereikt buiten een zitting in een procedure. Rechthebbende van de vordering is de pandgever. Zonder een wettelijke grondslag, die de wet niet kent, en zonder instemming van de pandgever is de pandhouder mijns

50 Art. 87 Rv

51 Dat een schikking ook tijdens een andere zitting dan een comparitie kan worden bereikt blijkt uit de geschiedenis van art. 87 Rv. Zie Kamerstukken II 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 90 en nr. 5, p. 45.

inziens niet bevoegd de pandgever eenzijdig, zonder instemming van de pandgever, te binden aan een overeenkomst over de vordering met de debiteur. Zo een bevoegdheid van de pandhouder zonder wettelijke grondslag lijkt bovendien in strijd te zijn met art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.⁵²

Het staat de pandgever en de pandhouder wel vrij overeen te komen dat de pandhouder, als vertegenwoordiger van de pandgever, bevoegd is een minnelijke regeling over de vordering te treffen met de debiteur van de vordering.

Wat de gevolgen zijn van het niet gebonden zijn van de pandgever aan een door de pandhouder getroffen schikking, blijkt uit het volgende voorbeeld. Is een schikking tussen de pandhouder en de debiteur bereikt die behelst dat de debiteur van een vordering van 100 tegen finale kwijting een bedrag van 50 betaalt aan de pandhouder, dan kan de pandhouder niet langer aanspraak maken op de resterende 50 en eindigt daardoor zijn inningsbevoegdheid voor de resterende 50. De pandgever is dan, door het eindigen van de inningsbevoegdheid van de pandhouder en doordat hij aan de schikkingsovereenkomst niet gebonden is, bevoegd betaling van de resterende 50 te vorderen.

446. *Schikking tussen de pandgever en de debiteur.* Treft de pandgever met de debiteur een minnelijke regeling voordat de pandhouder inningsbevoegd is geworden, dan is de pandhouder aan die regeling zonder meer gebonden. Een minnelijke regeling tussen de pandgever en de debiteur die is tot stand gekomen nadat de pandhouder inningsbevoegd is geworden bindt de pandhouder niet. De bevoegdheid van de pandhouder om de vordering te innen verdraagt niet dat de pandgever hem aan een minnelijke regeling zou kunnen binden. De debiteur van een verpande vordering doet er dan ook verstandig aan om uitsluitend met zowel de inningsbevoegde pandhouder als de pandgever een minnelijke regeling te treffen.

447. *Wetswijziging?* Dat de pandhouder de pandgever niet eenzijdig kan binden aan een schikkingsovereenkomst is in overeenstemming met voor-

52 Vgl. HR 21 december 2001, JOR 2002/37 m.nt. NEDF onder JOR 2002/38, NJ 2005, 95 m.nt. S.C.J.J. Kortmann onder NJ 2005, 96 (Lunderstädt/De Kok) en HR 21 december 2001, JOR 2002/38 m.nt. NEDF en m.nt. Steef M. Bartman, NJ 2005, 96 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Sobi/Hurks II). Vgl. ook nr. 5 van de noot van Kortmann onder deze beide arresten.

noemd uitgangspunt dat de pandhouder ten aanzien van de vordering wel daden van beheer mag verrichten, maar daarover niet mag beschikken.

Mijn conclusie luidt dat er geen aanleiding is om de naar geldend recht bestaande mogelijkheden tot het treffen van een minnelijke regeling over de verpande vordering te wijzigen. De belangen die de inningsbevoegde pandhouder, de pandgever en de debiteur hierbij hebben, zijn met elkaar in evenwicht.

OVERDRACHT TOT ZEKERHEID NA AFSCHAFFING VAN HET FIDUCIAVERBOD

14.1 Inleiding

448. *Inpassing van de zekerheidscessie in het BW.* De conclusie van hoofdstuk 5 luidde dat het wenselijk is dat art. 3:84 lid 3 BW, waarin is bepaald dat een titel van overdracht die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, wordt geschrapt, opdat naast de stille verpanding van vorderingen ook de fiduciaire overdracht tot zekerheid van vorderingen weer op ruime schaal mogelijk wordt.

Schrapping van het fiduciaverbod zal leiden tot de vraag hoe de fiduciaire eigendomsoverdracht past in het systeem van het huidige Burgerlijk Wetboek. Ook zullen vragen rijzen over de regels die gelden of zouden moeten gelden voor de fiduciaire eigendomsoverdracht. Zijn de regels die onder het oude wetboek in de jurisprudentie zijn gevormd onder het huidige recht toepasbaar, zijn zij nog van toepassing en is het wenselijk dat zij worden toegepast? Men kan zich bijvoorbeeld afvragen welke bepalingen die gelden voor pand voor (overeenkomstige) toepassing op zekerheidseigendom in aanmerking komen. In dit hoofdstuk wordt kort stilgestaan bij enkele van deze vragen.

14.2 Juridische duiding van de overdracht tot zekerheid naar huidig recht

449. *Voorwaardelijke eigendom.* Onder het oude Burgerlijk Wetboek werd een overdracht tot zekerheid vermoed een overdracht onder de ontbindende voorwaarde van de betaling van de schuld van de vervreemder aan de verkrijger te zijn. De zekerheidseigenaar verkreeg een eigendomsrecht dat onderworpen was aan die ontbindende voorwaarde. Door de vervulling van de ontbindende voorwaarde van betaling van de schuld werd de schuldenaar weer onvoorwaardelijk eigenaar van het tot zekerheid overgedragen goed. Partijen konden hiervan afwijken, bijvoorbeeld door overeen te komen dat voldoening van de schuld uitsluitend het obligatoire

gevolg had dat de zekerheidseigenaar gehouden was het tot zekerheid overgedragen goed aan de schuldenaar terug over te dragen.¹

Het huidige Burgerlijk Wetboek kent zowel de overdracht onder voorwaarde,² als aan een voorwaarde onderworpen goederenrechtelijke rechten.³ Een overdracht onder de ontbindende voorwaarde van betaling van een schuld van de vervreemder aan de verkrijger past zonder meer in het systeem van het huidige wetboek. Er is dan ook geen reden om de overdracht tot zekerheid naar huidig recht anders te duiden dan naar oud recht. Ook is er geen aanleiding om partijen niet in de gelegenheid te stellen hiervan af te wijken. Daaraan bestaat in de praktijk behoefte. Bij bijvoorbeeld repo's van effecten pleegt men overeen te komen dat voldoening van de schuld geen goederenrechtelijke gevolgen heeft, maar de eigenaar verplicht tot overdracht van eenzelfde hoeveelheid gelijksoortige effecten. Daardoor beoogt men te bereiken dat de zekerheidseigenaar bevoegd is aan een derde een onvoorwaardelijk eigendomsrecht op de effecten te verschaffen of daarop ten behoeve van een derde een beperkt recht te vestigen.⁴

14.3 Inningsbevoegdheid

450. *Een parallel met de inningsbevoegdheid van de pandhouder.* De cessionaris van een stil tot zekerheid overgedragen vordering is bevoegd om mededeling van de cessie te doen aan de debiteur van de vordering. Deze bevoegdheid heeft de cessionaris ongeacht of de cedent jegens hem in verzuim is of hem goede grond geeft te vrezen dat hij in verzuim zal geraken. Na mededeling van de cessie aan de debiteur is de cessionaris bevoegd om de vordering te innen.

De cedent en de cessionaris kunnen overeenkomen dat de cessionaris geen mededeling van de cessie zal doen zolang bepaalde voorwaarden niet vervuld zijn, zoals de voorwaarde dat de cedent jegens de cessionaris tekortschiet of de voorwaarde dat de vordering van de cessionaris op de cedent opeisbaar is.⁵ Waren de cedent en de cessionaris niet uitdrukkelijk overeengekomen dat de bevoegdheid van de cessionaris om mededeling van de cessie te doen inging op dat tijdstip, dan werd onder het oude recht, gelet op het bedoelde zekerheidskarakter van de cessie,

1 Vgl. par. 4.2 hiervóór.

2 Zie art. 3:92 BW (overdracht onder eigendomsvoorbehoud)

3 Zie art. 3:84 lid 4 BW, zie ook par. 4.4.3 hiervóór.

4 Vgl. Rank 1998a, p. 372-377.

5 Vgl. par. 4.4.5 hiervóór.

aangenomen dat de cedent en de cessionaris zulks stilzwijgend waren overeengekomen.

Voor een stil pandhouder geldt dat hij tot mededeling van het pandrecht aan de schuldenaar bevoegd is (en daardoor tot inning van de vordering bevoegd wordt⁶), indien de pandgever jegens de pandhouder tekortschiet of hem goede grond geeft te vrezen dat hij tekort zal schieten. De pandgever en de pandhouder kunnen overeenkomen dat deze bevoegdheid van de pandhouder op een ander tijdstip ingaat.⁷

Zowel de pandgever en de pandhouder als de cedent en de cessionaris kunnen derhalve overeenkomen op welk tijdstip de stil pandhouder, respectievelijk de stille cessionaris, bevoegd word om zichzelf inningsbevoegd te maken door mededeling te doen van de verpanding of de cessie. Zijn de cedent en de cessionaris in geval van een stille zekerheidscessie daaromtrent niets overeengekomen, dan ligt het voor het huidige recht voor de hand aan te sluiten bij de voor het stil pandrecht geldende regeling. Tussen de cedent en de cessionaris geldt dan, tenzij zij anders zijn overeengekomen, dat de bevoegdheid van de cessionaris om mededeling van de cessie te doen, ingaat op het tijdstip waarop de cedent jegens de cessionaris tekortschiet of hem goede grond geeft te vrezen dat hij tekort zal schieten.

14.4 Afscheiding van het geïnde

451. *Is de cessionaris gehouden tot afscheiding van het geïnde?* Een pandhouder is verplicht het door hem geïnde, voor zover hij zich daaruit niet terstond voldoet of dit niet terstond uitkeert aan de pandgever, faillissementsbestendig van zijn eigen vermogen af te scheiden door dit te storten op een kwaliteitsrekening.^{8,9} De pandgever en zijn crediteuren worden door die vermogensscheiding beschermd tegen insolventie van de pandhouder.¹⁰

6 Art. 3:246 lid 1 BW.

7 Art. 3:239 lid 3 BW.

8 Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1340 Vgl. ook Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 548.

9 Onduidelijk is overigens of de pandhouder deze verplichting nog kan nakomen nu de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de mogelijkheden tot het aanhouden van een kwaliteitsrekening beperkt zijn; vgl. HR 13 juni 2003, JOR 2003/209 m.nt. SCJJK en A. Steneker, NJ 2004, 196 m.nt. WMK (Coöperatie Beatrix/ProCall) Zie hierover par. 11.5.3 hiervóór.

10 Vgl. par. 6.3.1 en 11.5.3 hiervóór.

Zijn de cedent en de fiduciair cessionaris overeengekomen dat de cessionaris een surplus zal afdragen aan de cedent en faillieert de cessionaris vóór de afdracht van het surplus, dan valt dit surplus in zijn boedel. Men kan zich afvragen of dwingendrechtelijk zou moeten worden bepaald dat de cessionaris, indien hij nog niet bevoegd is het geïnde in mindering te brengen op zijn vordering op de cedent casu quo indien sprake is van een surplus dat de cessionaris dient uit te keren aan de cedent, evenals een pandhouder het geïnde dient af te scheiden van zijn eigen vermogen, zodat de cedent en diens crediteuren tegen insolventie van de cessionaris worden beschermd. Mijns inziens is daartoe onvolgende aanleiding. Desgewenst kunnen cedent en cessionaris namelijk overeenkomen dat de cessionaris het geïnde zal afscheiden van zijn eigen vermogen, of kiezen voor een pandrecht in plaats van voor een zekerheidscessie. Daar komt bij dat de cedent en de cessionaris er mogelijk om hen moverende redenen welbewust van afzien om de cessionaris tot afscheiding te verplichten, bijvoorbeeld teneinde de cessionaris in staat te stellen het door hem geïnde aan te wenden voor zijn bedrijfsvoering.

Het is niet uitgesloten dat een cessionaris, op grond van hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt en afhankelijk van de omstandigheden van het geval, gehouden is het door hem geïnde af te scheiden van zijn eigen vermogen tenzij de cessionaris en de cedent uitdrukkelijk anders zijn overeengekomen. Evenals de pandgever heeft de cedent belang bij die vermogensafscheiding, terwijl in het algemeen de cessionaris er geen gerechtvaardigd belang bij zal hebben om niet tot vermogensafscheiding over te gaan. Heeft hij zo een belang wel, dan kan hij met de cedent overeenkomen dat hij niet tot vermogensafscheiding gehouden is.

452. *Wettelijke grondslag voor een door de cessionaris aan te houden kwaliteitsrekening.* In paragraaf 11.5.3 bleek dat naar huidig recht afscheiding van het geïnde van zijn eigen vermogen door de pandhouder met behulp van een kwaliteitsrekening niet zonder problemen is. Om de daar genoemde redenen zal ook vermogensafscheiding door de cessionaris met behulp van een kwaliteitsrekening problematisch zijn. In de betreffende paragraaf werd een aanzet voor een wettelijke regeling voor vermogensafscheiding door de pandhouder door middel van een kwaliteitsrekening gegeven. Het ware wenselijk dat de wetgever vermogensafscheiding door middel van een kwaliteitsrekening ook voor de fiduciair cessionaris mogelijk maakt.

Het ligt op het eerste gezicht voor de hand om voor het door de fiduciair cessionaris geïnde een regeling te treffen die vergelijkbaar is met de voor stil pand geldende regeling. Wil de wetgever een regeling die uit-

sluitend aan een *fiduciair* cessionaris de mogelijkheid biedt om het door hem geïnde af te scheiden van zijn overige vermogen, dan zal de lastig te beantwoorden vraag rijzen aan de hand van welke criteria moet worden bepaald of het geïnde de opbrengst van een *fiduciair* gecedeerde vordering is. Beantwoording van die vraag zou de wetgever kunnen vermijden door een generieke regeling van de kwaliteitsrekening.¹¹ De details van beide mogelijkheden blijven hier buiten beschouwing.

14.5 Toeëigeningsverbod en verplichte afdracht van een surplus?

453. *Moet overbedeling worden tegengegaan?* Een pandgever en een pandhouder kunnen niet geldig overeenkomen dat het verpande aan de pandhouder zal verblijven.¹² De ratio van dit toeëigeningsverbod is het voorkomen van overbedeling van de pandhouder doordat hij, ter delging van de schuld van de pandgever, een goed met een hogere waarde zou krijgen dan zijn vordering.^{13,14}

De pandhouder die de vordering door executie of inning te gelde heeft gemaakt, is bevoegd zich uit het geïnde te voldoen als zijn vordering op de pandgever opeisbaar is.¹⁵ Heeft de pandhouder zich uit het geïnde voldaan, dan dient hij het surplus, het bedrag dat resteert nadat hij zichzelf heeft voldaan, af te dragen aan de pandgever.¹⁶ Ook deze regel beoogt overbedeling van de pandhouder te voorkomen.

Moet overbedeling van de zekerheidscessionaris door vergelijkbare regels worden voorkomen? Onder het oude recht gold dat de fiduciair eigenaar niet geldig kon bedingen dat hij het aan hem overgedragen goed mocht behouden zolang zijn schuldenaar nog niet in verzuim was. Hij diende het te gelde te maken en het surplus uit te keren aan de zekerheidsgever.¹⁷

11 Zie bijvoorbeeld de voorstellen die Steneker in zijn dissertatie (Steneker 2005) daartoe heeft gedaan.

12 Art. 3:235 BW; opgemerkt zij dat verkoop van het verpande aan de pandhouder binnen de grenzen van art. 3:248-251 BW wel mogelijk is.

13 Zie par. 5.3.1.2 hiervóór. Vgl. ook Sniijders/Rank-Berenschot 2007, nr 519 en Van Vliet 2005, p. 195.

14 Een uitzondering op het toeëigeningsverbod geldt als een pandrecht is gevestigd op effecten ter uitvoering van een financiëlezekerheidsovereenkomst, zie art 7:54 BW en par. 5.3.1.2 hiervóór.

15 Art. 3:255 lid 1 BW.

16 Art. 3:253 BW; vgl. ook par. 3.3.5 hiervóór.

17 Zie par. 4.2 en 5.3.1.2 hiervóór.

Na cessie van een vordering is de cessionaris, als rechthebbende van de vordering, gerechtigd tot het geïnde. Na cessie van een vordering *tot zekerheid* is het echter aannemelijk dat de cedent en de cessionaris (stilzwijgend) zijn overeengekomen dat de cessionaris slechts gerechtigd is tot het geïnde tot het bedrag waarvoor hij een vordering op de cedent heeft en dat hij gehouden is het surplus af te dragen aan de cedent. Aangenomen moet worden dat de cedent en de cessionaris beoogd hebben de cessionaris een verhaalsmogelijkheid voor zijn vordering te bieden en niet om een vermogensverschuiving van de cedent naar de cessionaris te bewerkstelligen.¹⁸

In paragraaf 5.3.1.2 bleek dat het naar huidig recht, anders dan onder het oude recht, onduidelijk is of een zekerheidseigenaar en een zekerheidsgever rechtsgeldig kunnen overeenkomen dat een eventuele overwaarde toekomt aan de zekerheidseigenaar. Is een overdracht tot zekerheid geschied ter uitvoering van een financiële zekerheidsovereenkomst, dan geldt noch een toeëigeningsverbod, noch een verplichting voor de zekerheidseigenaar om een eventueel surplus af te dragen aan de zekerheidsgever.¹⁹ Verdedigbaar is dat een zekerheidseigenaar in zo een geval wel gehouden is tot afdracht van een surplus, tenzij hij met de zekerheidsgever uitdrukkelijk anders is overeengekomen.²⁰

Is een wettelijke bepaling wenselijk waarin, als de overdracht tot zekerheid niet ter uitvoering van een financiële zekerheidsovereenkomst is geschied, het de cedent verboden wordt zich de vordering toe te eigenen en verplicht wordt een surplus af te dragen aan de zekerheidsgever? Voorstelbaar is dat in een concreet geval de zekerheidsgever en de zekerheidsnemer gelijkwaardige partijen zijn die er om hen moverende redenen voor kiezen het goed aan de zekerheidseigenaar te laten verblijven of een eventuele overwaarde aan de zekerheidseigenaar te doen toekomen. Het is voorstelbaar dat zulks gerechtvaardigd is, ook ten opzichte van de overige crediteuren van de zekerheidsgever. In de meeste gevallen zal dat echter niet zo zijn, alleen al omdat de financier een relatief sterke onderhandelingspositie ten opzichte van de zekerheidsgever zal hebben.

Onbillijkheden jegens de zekerheidsgever en/of diens overige crediteuren kunnen in beginsel worden gecorrigeerd met de middelen waarmee ook andere benadelende rechtshandelingen gecorrigeerd kunnen

18 Vgl. par. 4.2 en 5.3.1.2 hiervóór.

19 Vgl. art. 7:55 BW, Kamerstukken II 2004/05, 30 138, nr. 3, p. 10 en Kamerstukken II 2004/05, 30 138, nr. 6.

20 In deze zin Van Vliet 2005, p. 198.

worden. Gewezen kan worden op de (faillissements)pauliana, een beroep op onrechtmatig handelen door de zekerheidsnemer en de vernietiging van een onredelijk bezwarende algemene voorwaarde.²¹ Het is echter zeer de vraag of dit instrumentarium misbruik door de zekerheidsnemer van zijn vaak sterke positie in voldoende mate kan tegengaan. Het verdient daarom aanbeveling dat de wetgever dwingendrechtelijk bepaalt dat de zekerheidscessionaris zich de vordering niet mag toeëigenen en dat hij een surplus moet afdragen aan de zekerheidsgever, tenzij de zekerheidscessie is geschied ter uitvoering van een financiëlezekerheidsovereenkomst als bedoeld in Titel 7.2 BW.

14.6 Conclusie

454. *Bescherming tegen overbedeling en een wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening.* Besluit de wetgever het 'verbod' op fiduciaire eigendoms-overdracht te schrappen, dan verdient het aanbeveling dat hij zekerheidsgevers bescherming biedt tegen overbedeling van zekerheidseigenaars. Voor een cessie tot zekerheid zou die bescherming kunnen bestaan uit een voor de zekerheidscessionaris geldend toeëigeningsverbod en een op hem rustende verplichting om een na verhaal op de opbrengst van de executie of de inning van de vordering resterend surplus af te dragen aan de zekerheidsgever, tenzij de aan de zekerheidsoverdracht ten grondslag liggende titel een financiëlezekerheidsovereenkomst is.

Het is daarnaast wenselijk dat de wetgever het voor de zekerheidscessionaris mogelijk maakt om het door hem geïnde van zijn overige vermogen af te scheiden door de vordering te innen op, of het geïnde over te brengen naar, een kwaliteitsrekening.

21 Art. 6:231 in verbinding met 233 BW.

SLOTBESCHOUWING EN BELANGRIJKSTE CONCLUSIES

455. *Stil pand naast zekerheidsoverdracht.* Op 1 januari 1992 werd een nieuwe wettelijke regeling van het pandrecht op vorderingen en roerende zaken ingevoerd. Het werd mogelijk om *stille* pandrechten te vestigen. De tot dan toe bestaande praktijk van fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid werd in de ban gedaan doordat de voor een geldige overdracht vereiste titel niet langer geldig zou zijn als deze strekte tot zekerheidsoverdracht of de strekking miste het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen.

De figuur van het (stil) pandrecht voldoet in die gevallen waarin een recht op een vordering uitsluitend een zekerheidsfunctie vervult en van een internationale dimensie geen sprake is. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn als een Nederlandse bank krediet verstrekt aan een in Nederland gevestigde kredietnemer.

Er zijn echter ook financiële transacties waarbij de ene partij (de zekerheidsgever) beoogt om aan de andere partij (de financier) niet alleen een recht op een vordering te verschaffen dat een zekerheidsfunctie vervult, maar aan die partij meer mogelijkheden wil verlenen om over de vordering te kunnen beschikken dan hij nodig heeft om in voorkomend geval verhaal op het onderpand te nemen. De financier kan daardoor de vorderingen 'hergebruiken', liquide maken, door deze te verkopen en over te dragen of daarop een zekerheidsrecht te vestigen. Aan overdracht met uitsluitend een zekerheidsoogmerk kan behoefte bestaan als sprake is van een internationale context.

In deze behoeften wordt ten aanzien van giraal geld en effecten sinds kort voorzien door de regeling van de financiëlezekerheidsovereenkomsten. Er is geen reden om in die behoeften niet te voorzien ten aanzien van andere vorderingen, zoals handelsvorderingen die zich lenen voor factoring. Het middel bij uitstek om een financier in staat te stellen om over vorderingen te kunnen beschikken is een overdracht en niet een pandrecht. Internationaal gezien loopt Nederland met het 'fiduciaverbod' van art. 3:84 lid 3 BW uit de pas. Het verdient aanbeveling om deze bepaling te schrappen.

456. *Uitgangspunten voor aanpassing of toepassing van de regeling van het (stil) pandrecht.* Het verdient aanbeveling om bij de evaluatie, de toepassing of de aanpassing van de wettelijke regeling van het stil pand op vorderingen de volgende uitgangspunten te hanteren.

1. De verpanding van vorderingen dient op ruime schaal, op eenvoudige wijze en tegen geringe kosten mogelijk te zijn.
2. In beginsel mag de juridische positie van een debiteur van een vordering door de vestiging van een pandrecht op die vordering of door het inningsbevoegd worden van de pandhouder niet noemenswaardig verslechteren.
3. Een met de inning van een verpande vordering samenhangend recht kan *met uitsluiting van de stil pandhouder* worden uitgeoefend door de pandgever. Een dergelijk recht kan met uitsluiting van de pandgever worden uitgeoefend door de *hoogst gerangschikte openbaar pandhouder* tenzij (i) de uitoefening van het recht geen beheersdaad is, (ii) de uitoefening van het recht niet uitsluitend betrekking heeft op de vordering of (iii) het een persoonlijk recht van de pandgever betreft. Bestaat daartegen geen bezwaar, dan blijft ook de pandgever bevoegd tot de uitoefening van dat recht.
4. De regeling van het pandrecht op vorderingen op naam moet zo goed mogelijk worden ingepast in het rechtssysteem waarbij de samenhang met de cessie van en met het beslag op vorderingen bijzondere aandacht verdient.

Dit zijn grotendeels ook de uitgangspunten van de wetgever van 1992 geweest.

457. *Evaluatie van de wettelijke regeling van het (stil) pand op vorderingen.* In het bestaande wettelijk systeem kan een vordering op naam in zekerheid worden gegeven door daarop een pandrecht te vestigen. De pandhouder verkrijgt daardoor een beperkt verhaalsrecht. Hij kan als separatist, buiten de pandgever of diens curator om, met voorrang verhaal nemen op de verpande vordering. In die gevallen waarin aan *overdracht* tot zekerheid geen behoefte is, voldoet het bestaande systeem als zodanig goed. Wel roept de regeling van het pandrecht op vorderingen in de praktijk veel vragen op. Dat komt doordat sprake is van een relatief nieuwe en summiere wettelijke regeling en van een complexe rechtsfiguur.

Voor de complexiteit van het pandrecht op vorderingen zijn twee hoofdoorzaken. De eerste hoofdoorzaak is dat bij een pandrecht op een vordering (minstens) drie partijen betrokken zijn: de pandgever, de pand-

houder en de schuldenaar van de vordering. De andere hoofdoorzaak is het hybridische karakter van een vordering op naam; enerzijds heeft de rechthebbende van een vordering op naam een persoonlijk recht op een prestatie, anderzijds heeft hij een goederenrechtelijk recht op de vordering.

De huidige wettelijke regeling van het pandrecht op vorderingen op naam is summier. Dat geldt met name voor de gevolgen van de vestiging van een pandrecht en de gevolgen van het inningsbevoegd worden van de pandhouder.

In het algemeen heeft een summiere wettelijke regeling van een rechtsfiguur het voordeel dat aan de praktijk, de doctrine en de rechtspraak ruimte wordt geboden om die rechtsfiguur verder te ontwikkelen. Een té summiere wettelijke regeling kan echter leiden tot rechtsonzekerheid. De huidige regeling van het pandrecht op vorderingen op naam kent enkele leemtes waarin de wetgever mijns inziens zou moeten voorzien. Ik noem als voorbeeld het ontbreken van een wettelijke regeling voor een kwaliteitsrekening waarop een pandhouder een verpande vordering kan innen en verwijst overigens naar de hierna samengevatte aanbevelingen aan de wetgever.

Voor een enkele onderdeel van de huidige wettelijke regeling van het pandrecht op vorderingen geldt dat het positieve recht niet in overeenstemming is met de behoeften van de praktijk en met de voornoemde uitgangspunten die aan de regeling ten grondslag zouden moeten liggen en die ook grotendeels de uitgangspunten van de wetgever van 1992 zijn geweest. Voor deze onderdelen van de huidige wettelijke regeling geldt dat wetswijziging gewenst is; zie het hierna volgende overzicht van aanbevelingen aan de wetgever.

458. *Aanbevelingen aan de wetgever inzake (stil) pand.* Enige aanpassingen van de huidige wettelijke regeling van het pandrecht op vorderingen op naam in Titel 9.2 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en van enkele andere voor pandrechten op vorderingen van belang zijnde wettelijke bepalingen zijn gewenst om op enkele specifieke punten duidelijkheid te verschaffen, in enkele lacunes te voorzien en om enige onderdelen van de regeling in overeenstemming te brengen met de geformuleerde uitgangspunten. De volgende wijzigingen van de huidige wettelijke regeling zijn wenselijk.

1. Het verdient aanbeveling om art. 3:84 lid 3 BW te schrappen teneinde de overdracht tot zekerheid weer op ruimere schaal mogelijk te maken dan thans het geval is.

2. Voor de uitwinning van een pandrecht op een vordering tot levering van een registergoed zou een wettelijke regeling moeten worden getroffen die vergelijkbaar is met de huidige regeling voor de afwikkeling van een beslag op een dergelijke vordering. Deze regeling zou uitsluitend open moeten staan voor pandhouders die bevoegd zijn tot het nemen van verhaal op het geïnde.
3. In art. 3:228 BW zou moeten worden bepaald dat de onoverdraagbaarheid van een vordering niet in de weg staat aan de verpanding ervan, mits de vordering vatbaar is voor inning door de pandhouder en de pandhouder zich op het geïnde kan verhalen.
4. Onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen tussen partijen die geen natuurlijke personen zijn die niet handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf, zouden geen goederenrechtelijk effect moeten hebben als zij betrekking hebben op geldvorderingen. Daarbij zou de wetgever wel een uitzondering moeten maken voor categorieën van vorderingen waarvoor het wel wenselijk is dat zij door een beding onoverdraagbaar en/of onverpandbaar kunnen worden gemaakt, zoals de vordering van een onderaannemer op een aannemer.
5. Het verdient *primair* aanbeveling om de in art. 3:239 lid 1 BW opgenomen beperking van de mogelijkheid tot *stille* verpanding van *toekomstige* vorderingen tot vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding te schrappen. Het verdient *subsidiair* aanbeveling om in deze bepaling het woord *rechtstreeks* te schrappen, zodat een toekomstige vordering voor stille verpanding vatbaar is als tussen de debiteur en de crediteur van de vordering een rechtsverhouding bestaat die (mede) de grondslag voor het ontstaan van de vordering vormt.
6. In art. 35 lid 2 Fw zou moeten worden bepaald dat toekomstige vorderingen die door de gefailleerde bij voorbaat zijn geleverd respectievelijk verpand en die op de faillissementsdatum nog niet tot zijn vermogen behoorden, ongeacht of het relatief dan wel absoluut toekomstige vorderingen betreft, buiten de boedel vallen, respectievelijk dat het daarop bij voorbaat gevestigde pandrecht ontstaat, indien het vorderingen betreft die voortvloeien uit een reeds vóór de faillietverklaring tussen de gefailleerde en de debiteur bestaande rechtsverhouding.
7. Het verdient aanbeveling vorderingen op naam en beperkte rechten op vorderingen op naam uit te zonderen van de afkoelingsperiode als bedoeld in art. 63a e.v. Fw.

8. Het is *primair* wenselijk dat de wetgever een algemene wettelijk regeling voor de kwaliteitsrekening treft en daarbij in afdeling 9.2 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek enkele bijzondere bepalingen voor de pandhouder opneemt. Het is *subsidiair* wenselijk dat de wetgever een regeling treft die de pandhouder die een verpande geldvordering int voordat hij bevoegd is om zich uit het geïnde te voldoen, verplicht tot en in staat stelt om de vordering te innen op - of het geïnde over te brengen naar - een kwaliteitsrekening. Het is wenselijk dat de pandhouder rechthebbende is van de vorderingen op de bank terzake van zo een kwaliteitsrekening.
9. Het is wenselijk dat de wetgever bepaalt (door aanpassing van art. 3:229 BW) dat een substitutiepandrecht dat ontstaat op grond van het bepaalde in art. 3:229 BW in rang boven een eerdere cessie gaat, indien dit een cessie tot zekerheid is.

459. *Aanbevelingen aan de wetgever inzake zekerheidscessie.* Volgt de wetgever het voorstel om cessie tot zekerheid weer op ruime schaal mogelijk te maken door art. 3:84 lid 3 BW te schrappen, dan verdient het aanbeveling dat de volgende 'flankerende' aanpassingen aan het Burgerlijk Wetboek worden gedaan.

1. Teneinde de cessionaris in staat te stellen om het door hem geïnde af te scheiden van zijn overige vermogen, zou hij de mogelijkheid moeten hebben om de vordering te innen op of het geïnde over te brengen naar een door hem aangehouden kwaliteitsrekening. De meest voor de hand liggende wijze om de cessionaris hiertoe in staat te stellen is de introductie in ons vermogensrecht van een generieke regeling van de kwaliteitsrekening.
2. Het verdient aanbeveling dat de wetgever dwingendrechtelijk bepaalt dat een zekerheidscessionaris, tenzij de zekerheidscessie is geschied ter uitvoering van een financiële zekerheidsovereenkomst, zich de aan hem overgedragen vordering niet mag toeëigenen, alsmede dat hij verplicht is hetgeen van het geïnde resteert nadat hij daarop verhaal heeft genomen af te dragen aan de zekerheidsgever.

SUMMARY

Until the 1992 Civil Code (*Burgerlijk Wetboek*) was introduced, registered claims were not usually provided as security because they were subject to a right of pledge, but because of fiduciary transfer of ownership. Section 84, subsection 3, Book 3 of the 1992 Civil Code provides that a contract for the transfer of fiduciary ownership is not a valid legal basis for transfer, and new provisions on undisclosed pledge on registered claims were introduced. These provisions relating to undisclosed pledge on registered claims are the subject of this thesis.

Pledge on registered claims gives rise to many questions in practice. A major cause of this is the complexity of this legal concept. One reason for this complexity is that at least three parties are involved in a pledge on a registered claim: the pledgor, the pledgee and the debtor. A second reason is that, on the one hand, the holder of the right to a registered claim has a personal right to performance while, on the other hand, he has a property right in the claim. Another reason for the many questions to which the legal concept of undisclosed pledge give rise is that the current statutory provisions relating to it are rather sketchy.

The purpose of this study is to answer several questions that could arise with respect to the provisions relating to undisclosed pledge on registered claims.

In *Chapter 2*, some general starting points are formulated for the evaluation, application and amendment of the statutory provisions relating to undisclosed pledge. These starting points are the basis for answering the questions posed in the following chapters.

Chapter 3 contains a brief outline of the provisions relating to pledge on registered claims under the Civil Code of 1838. A survey of the current provisions is also included.

In *Chapter 4*, the transfer of fiduciary ownership as security is compared to undisclosed pledge. By introducing the provisions relating to undisclosed pledge on claims, the legislature intended to provide roughly the same

possibilities as provided by transfer as security before the 1992 Civil Code was introduced. One of the main purposes of this comparison is to promote understanding of the legislature's intention. Another purpose is to answer the question (in Chapter 5) whether the 'ban' on transfer as security should be dropped.

In *Chapter 5*, attention is paid to the question whether transfer as security should once again be made possible on a large scale and, if so, whether the provisions relating to undisclosed pledge should be abolished. The conclusion is that the 'ban' on transfer of ownership as security should be dropped, because there is a justified need for that concept in practice, particularly in cases in which the provider of security wants to give the financier more possibilities to dispose of the security than he would need in order to use it, where appropriate, for recovery purposes. In those cases, an undisclosed pledge is not a good alternative to transfer of ownership as security. The provisions relating to undisclosed pledge suffice quite well in cases where the parties intend nothing more than to create a possibility for recovery with priority by a creditor.

Chapter 6 examines the characteristics of a registered claim that determine whether it is suitable for pledging. Special attention is paid here to the possibilities to create a pledge on a claim for delivery of goods and the requirement set by law that a claim to be pledged must be transferable. A proposal has been made to drop this requirement.

The requirement of determinability is the subject of *Chapter 7*. A distinction is made between the determinability of the obligation (usually under a contract) that justifies the pledge and the determinability of the claim as the object of the legal act by which the pledge is created.

The subject of *Chapter 8* is pledge on future claims. In this context, attention is not only paid to the possibility to pledge future claims, but also to the consequences of the transfer of a legal relationship for rights of pledge on future claims arising from the legal relationship. A broadening of the possibilities to pledge future claims is advocated. Special attention is also paid to the consequences of declaring the pledgor insolvent for the rights of pledge created in advance on his future claims.

Chapter 9 deals with the right to collect a pledged claim during the pledgor's insolvency and recover the amount collected. This chapter also deals briefly with the consequences of a cooling-off period announced

during the pledgor's insolvency and the right of the pledgee (with respect to the pledgor or the latter's trustee) to the information needed to collect a pledged claim.

Chapter 10 examines the consequences of creating a pledge on a claim and of the pledgee's entitlement to collect for the possibilities of the pledgor, the pledgee and the debtor to set off the pledged claim against a counter-claim.

Chapter 11 deals with substitution of a pledge on a claim by another pledge on cash or scriptural money. Substitution is possible on the basis of Book 3, Section 229 of the Civil Code if the pledged claim is nullified or has reduced in value and the pledgor acquires a substitute claim because of that nullification or reduction in value.

Substitution also occurs when the pledged claim is collected and the pledgor's right to the amount collected becomes vested in the pledgee. The legal basis for this is provided by Section 246, subsection 5 of Book 3 of the Civil Code. This provision is problematic, for example because it is not clear if and how the pledgee who collects the claim can make the distinction between the amount collected and his own capital which is required for substitution. For that reason, a proposal is made in this chapter for legal regulation of a designated account to be held by the pledgee.

In *Chapter 12*, several rights relating to the collection of a pledged claim are discussed. Each right discussed is examined regarding who may exercise it, the pledgor, the pledgee entitled to collect or both. An example of such a right is the right to make the pledged claim due and payable by exercising an entitlement (for example by calling it in). Another example is the exercise of a right of security depending on the pledged claim, such as a mortgage right.

Disputes with the debtor of a pledged claim are the subject of *Chapter 13*. Attention is paid, for example, to the pledgee's right to claim compliance with the claim in proceedings against the pledgor and the pledgee's right to take over proceedings brought by the pledgor. The possibilities of reaching an amicable settlement with the debtor are dealt with as well.

If Section 84, subsection 3 of Book 3 of the Civil Code, which provides that a contract for fiduciary transfer of ownership does not constitute a valid legal basis for transfer, is dropped, questions will arise regarding the

integration of fiduciary transfer of ownership into the current Civil Code. Some of these questions are dealt with in *Chapter 14*. The main conclusion of this chapter is that the legislature should prevent overdistribution of security owners by way of a prohibition on appropriation and by requiring security owners to pay the surplus remaining after recovery to the provider of the security, unless the legal basis for the transfer is a financial collateral arrangement.

Lastly, in *Chapter 15*, concluding observations are given and the main conclusions drawn. Recommendations to the legislature are made in several conclusions. One of the main conclusions is that the current statutory provisions suffice in cases where there is no need to transfer the security to the holder of the security, on the understanding that some additions and amendments to the current provisions are desired. Another important conclusion is that the 'ban' on fiduciary transfer of ownership as security should be dropped.

AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE

De uitspraken zijn gerangschikt op de datum waarop zij zijn gewezen

Rb. Amsterdam 30 juni 1898, W 7168 (Cosman q.q. en Kirberger q.q./Van Wezel)

Hof Leeuwarden 26 april 1905, W 8521 (Binnerts q.q./gemeente Opsterland e.a.)

Hof Amsterdam 28 november 1919, NJ 1920, p. 956 e.v. (Kraakman q.q./Kochx en gemeente Velsen)

Rb. Rotterdam 14 november 1923, W 11167 (Boon/Den Haan)

Rb. Utrecht 11 november 1925, NJ 1927, p. 19 e.v. (Staatsen/Cremer)

Rb. Rotterdam 28 september 1926, NJ 1927, p. 1486 e.v. (N.V. Bouwstoffen/Kok q.q.)

Hof 's-Hertogenbosch 12 oktober 1926, NJ 1927, p. 197 e.v. (Incasso Bank/Koessen)

Rb. Haarlem 8 februari 1927, W 11638 (Hensen/Spaarnebank)

Hof Amsterdam 13 mei 1927, NJ 1928, p. 349 e.v. (Industrie- en Landbouwbank)

Rb. Arnhem 23 juni 1927, NJ 1927, p. 1270 e.v. (Maas en Waalsche Bank)

HR 25 januari 1929, NJ 1929, p. 616 e.v. m.nt. PS, W 11951 m.nt. SB (Bierbrouwerij-arrest)

HR 7 juni 1929, NJ 1929, p. 1285 e.v. m.nt. PS (Giro-arrest)

HR 21 juni 1929, NJ 1929, p. 1096 e.v., W 12010 m.nt. SB (Hakkers/Van Tilburg)

- HR 24 december 1931, NJ 1932, p. 797 e.v. m.nt. EMM (Westerouwen van Meeteren/Curatoren Beider Belang)
- HR 25 februari 1932, NJ 1932, p. 301 e.v. m.nt. PS (loonbeslag-arrest)
- HR 2 november 1933, NJ 1934, p. 302 e.v. m.nt. PS (Hollandsch Bloembollenkwekersgenootschap/Van der Ploeg en Van Zanten)
- HR 29 december 1933, NJ 1934, p. 343 e.v. m.nt. PS (Fijn van Draat q.q./De Nederlanden)
- HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 m.nt. EMM (De Boer/Haskerveenpolder)
- HR 3 januari 1941, NJ 1941, 470 m.nt. PS (Boerenleenbank Hazerswoude/Los)
- HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 m.nt. PhANH (Doyer en Kalff/Bouman q.q.)
- HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189 m.nt. JD (Sio)
- HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp)
- HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 m.nt. DJV (Quint/Te Poel)
- HR 17 juni 1960, NJ 1962, 60 (Helmig/Smit q.q.)
- HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 m.nt. GJS (Pos/Van den Bosch)
- HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274 m.nt. HD (Teixeira de Mattos)
- HR 2 april 1976, NJ 1976, 450 m.nt. WMK (Modehuis Nolly)
- HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 m.nt. WMK (Ontvanger/Schriks q.q.)
- HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 m.nt. WMK (Curatoren Solleveld/Bouwman)
- HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex)
- HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 m.nt. WMK (SOS/ABN)

- HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 m.nt. CJHB (Plas/Valburg)
- HR 20 januari 1984, NJ 1984, 512 m.nt. G (Ontvanger/Barendregt)
- HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752 m.nt. WMK (Slis-Stroom)
- HR 11 oktober 1985, NJ 1986, 68 (Kramer q.q./NMB)
- HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 m.nt. G (WUH/Emmerig q.q.)
- HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 m.nt. G (Loeffen q.q./Mees & Hope I)
- HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 m.nt. WMK (Staal/Ambags q.q.)
- HR 16 september 1988, NJ 1989, 10 (Onderdrecht/FGH en PHP)
- HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 m.nt. JBMV (AMRO/Curatoren THB)
- HR 5 januari 1990, NJ 1990, 325 (Dubbeld/Laman)
- HR 12 januari 1990, NJ 1990, 766 m.nt. WMK (Staat/Appels)
- HR 7 september 1990, NJ 1991, 52 m.nt. Ma (Den Toom/De Kreek q.q.)
- HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.nt. HJS (Van Berkel/Tribosa)
- Hof Amsterdam 21 februari 1991, NJ 1992, 141 (Frieze Bondsspaarbank/Amro)
- HR 15 maart 1991, NJ 1992, 605 m.nt. WMK (Veenendaal q.q./Hogeslag)
- HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214 m.nt. PvS (Loeffen q.q. /Mees & Hope II)
- HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744 m.nt. HJS (Ontvanger/NMB)
- HR 22 mei 1992, NJ 1992, 512 (Oorthuizen/Huige en Nederland)
- Rb. Haarlem 12 januari 1993, NJ 1995, 53 (Stuifbergen/Verenigde Spaarbank)
- HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171 m.nt. PvS (Van Schaik q.q./ABN AMRO)

Rb. 's-Gravenhage 16 juni 1993, NJ 1995, 205 (Tulip Computers/Tiethoff q.q. en Rosenberg Polak q.q.)

HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 m.nt. PAS onder NJ 1994, 174 (Gerritse/HAS)

HR 24 september 1993, NJ 1994, 174 m.nt. PAS (Hol en FNV/EIM)

HR 5 november 1993, NJ 1994, 640 m.nt. HJS (Ontvanger/Bartering)

HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462 m.nt. WMK (Nijverdal/Wilderink q.q.)

HR 3 juni 1994, NJ 1995, 340 m.nt. HJS onder NJ 1995, 342 (Antillen/Komdeur q.q. I)

HR 24 juni 1994, NJ 1995, 368 m.nt. HJS (INB/Klützow q.q.)

HR 23 september 1994, NJ 1996, 461 m.nt. WMK (Kas-Associatie/Drying)

HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 m.nt. WMK (Spaarbank Rivierenland/Gispen q.q.)

HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder q.q./CLBN)

HR 10 maart 1995, NJ 1996, 299 m.nt. HJS (Holtrop/Stevens)

HR 21 april 1995, NJ 1996, 652 m.nt. WMK (Eemswater c.s./curatoren Capcan)

HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 m.nt. WMK (Keereweer q.q./Sogelease)

HR 9 juni 1995, NJ 1996, 213 (Krijger/Citco)

HR 16 juni 1995, NJ 1996, 508 m.nt. WMK (Ontvanger/Rabobank)

Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 10 juli 1995, NJ 1997, 283 (Fradim en Worms/MeesPierson)

HR 20 juni 1997, NJ 1998, 362 m.nt. WMK, JOR 1997/108 (Wagemakers q.q./Rabobank)

- HR 5 september 1997, JOR 1997/102 m.nt. E.W.J.H. de Liagre Böhl en m.nt. N.E.D. Faber, NJ 1998, 437 (Ontvanger/Hamm q.q.)
- Rb. Utrecht 10 september 1997, JOR 1998/34 m.nt. J.J. van Hees (Graser/Crediet & Effectenbank)
- HR 19 september 1997, JOR 1997/133 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Verhagen q.q./INB II)
- HR 19 december 1997, JOR 1998/40 m.nt. J.J. van Hees, NJ 1998, 690 m.nt. WMK (Zuidgeest/Furness)
- HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 m.nt. WMK (MeesPierson/Bos)
- Hof Amsterdam 28 mei 1998, JOR 1999/13, NJ 2000, 741 (Stigter/Tanger q.q.)
- HR 29 januari 1999, NJ 1999, 595 (DBV/Sedgwick)
- HR 23 april 1999, JOR 1999/109 m.nt. H.L.E. Verhagen, NJ 2000, 158 m.nt. WMK (Wollie)
- HR 21 mei 1999, JOR 1999/167 m.nt. C.H. Sieburgh en m.nt. J.J. van Hees, NJ 1999, 733 m.nt. JH
- Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2000, NJ 2000, 611 (Volmerink/FMN)
- HR 21 januari 2000, JOR 2000/116, NJ 2000, 237 (Stet/Braaksma)
- HR 26 mei 2000, NJ 2000, 473 (Akzo/FNV)
- HR 8 december 2000, NJ 2001, 350 m.nt. WMK (Eelder Woningbouw/Van Kammen en Brouwer)
- HR 12 januari 2001, JOR 2001/50 m.nt. SCJJK en A. Steneker, NJ 2002, 371 m.nt. HJS (Koren q.q./Tekstra q.q.)
- Hof Arnhem 23 januari 2001, JOR 2001/101 (Lanfermeijer/SNS Bank)
- HR 23 maart 2001, JOR 2001/116 m.nt. Th.A.L. Kliebisch, NJ 2003, 715 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Ofasec/NTM)

Rb. Zutphen 7 juni 2001, JOR 2002/104 m.nt. NEDF (Artesia/Groothedde)

HR 29 juni 2001, JOR 2001/220, NJ 2001, 662 m.nt. WMK (Meijs q.q./Bank of Tokyo)

Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2001, JOR 2001/170 m.nt. Steef M. Bartman (ING/Akzo Nobel)

HR 30 november 2001, JOR 2002/23 m.nt. JJvH (De Jong/Carnifour)

HR 21 december 2001, JOR 2002/37 m.nt. NEDF onder JOR 2002/38, NJ 2005, 95 m.nt. S.C.J.J. Kortmann onder NJ 2005, 96 (Lunderstädt/De Kok)

HR 21 december 2001, JOR 2002/38 m.nt. NEDF en m.nt. Steef M. Bartman, NJ 2005, 96 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Sobi/Hurks II)

Rb. Dordrecht 6 februari 2002, JOR 2002/36 m.nt. NEDF onder JOR 2002/38 (ABN AMRO/Hamm q.q.)

HR 3 mei 2002, JOR 2002/111 m.nt. FJPvdI en m.nt. JJvH, NJ 2002, 393 m.nt. PvS (Da Costa/Joral)

HR 31 mei 2002, NJ 2003, 110 (Ziekenhuis De Heel/werknemers)

HR 7 juni 2002, JOR 2002/147 m.nt. G.A.J. Boekraad, NJ 2002, 608 m.nt. JBMV (Komdeur q.q./Nationale Nederlanden)

HR 28 juni 2002, JOR 2002/136 m.nt. Steef M. Bartman, NJ 2002, 447 m.nt. Ma (Akzo Nobel/ING)

HR 28 juni 2002, NJ 2003, 111 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (Buijsman en Elsenburg/Motel Akersloot)

HR 12 juli 2002, JOR 2002/180 m.nt. NEDF, NJ 2003, 194 m.nt. WMK (Rabobank/Knol q.q.)

HR 20 september 2002, JOR 2002/210 m.nt. NEDF onder JOR 2002/211, NJ 2002, 610 m.nt. C.E. du Perron (ING/Muller q.q.)

HR 20 september 2002, JOR 2002/211 m.nt. NEDF, NJ 2004, 182 m.nt. WMK (Mulder q.q./Rabobank)

- HR 18 oktober 2002, JOR 2002/234 m.nt. B. Wessels, NJ 2003, 503 m.nt. C.E. du Perron (Curatoren Habo/Besix)
- HR 17 januari 2003, JOR 2003/52 m.nt. M.H.E. Rongen, NJ 2004, 281 m.nt. HJS (Oryx/Van Eesteren)
- HR 16 mei 2003, JOR 2003/184, NJ 2004, 183 m.nt. WMK (De Liser de Morsain/Rabobank)
- HR 13 juni 2003, JOR 2003/209 m.nt. SCJJK en A. Steneker, NJ 2004, 196 m.nt. WMK (Coöperatie Beatrix/ProCall)
- HR 14 november 2003, JOR 2004/58 m.nt. NEDF, NJ 2004, 115 (ING/Bakker)
- Hof Amsterdam 15 januari 2004, JOR 2004/62 m.nt. R.J. Abendroth (Funds/curatoren Jomed)
- HR 20 februari 2004, JOR 2004/157 m.nt. SCJJK, NJ 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (Pensioensfonds DSM/Fox)
- HR 27 februari 2004, JOR 2004/158 m.nt. SCJJK onder JOR 2004/157 (Royal Nederland/Klaver)
- Hof Amsterdam 25 maart 2004, JOR 2004/279 m.nt. R.I.V.F. Bertrams (Oberbank/Cohen)
- Rb. Leeuwarden 12 mei 2004, JOR 2004/183 (Van der Spek q.q./Graphic Lease)
- HR 9 juli 2004, JOR 2004/222 m.nt. JJvH, NJ 2004, 618 m.nt. PvS (Bannenberg q.q./NMB Heller)
- Rb. Leeuwarden 18 augustus 2004, JOR 2004/313 m.nt. A.J. Verdaas (ING/Verdonk q.q.)
- Rb. 's-Hertogenbosch 13 oktober 2004, JOR 2005/46 m.nt. E. Loesberg (Detrium/Gielen)

HR 29 oktober 2004, JOR 2004/338 m.nt. A. van Hees, NJ 2006, 14 m.nt. H.J. Snijders, JBPr 2004/68 m.nt. A.W. Jongbloed (Van den Bergh/Van der Walle en ABN AMRO)

HR 21 januari 2005, JOR 2005/105 m.nt. R.J. Abendroth, NJ 2005, 250 m.nt. PvS (Funds/Curatoren Jomed)

HR 28 januari 2005, JBPr 2005/32 m.nt. E. Groot (Pro Naturae)

HR 4 maart 2005, JOR 2005/160, NJ 2005, 326 (Thomassen/Vos)

HR 11 maart 2005, JOR 2005/131 m.nt. SCJJK, NJ 2006, 362 m.nt. H.J. Snijders, JIN 2005/162 m.nt. A.I.M. van Mierlo, JBPr 2006/2 m.nt. AvH (Rabobank/Erven Hengstmengel c.s.)

Rb. Almelo 3 augustus 2005, JOR 2006/21 m.nt. A. Steneker onder JOR 2006/22 (Rabobank/Haafkes q.q.)

HR 12 augustus 2005, JOR 2006/31 m.nt. B. Wessels, NJ 2005, 467 (Centraal Bureau Bouwtoezicht/JPO Projecten)

Rb. Rotterdam 19 oktober 2005, JOR 2006/83 m.nt. R.I.V.F. Bertrams (ABN AMRO/Fortis)

Hof Leeuwarden 26 oktober 2005, JOR 2006/22 m.nt. A. Steneker (ING/Verdonk q.q.)

HR 18 november 2005, JOR 2006/28 m.nt. N.S.G.J. Vermunt, NJ 2006, 190 (Nap/Rabobank)

HR 18 november 2005, JOR 2006/60 m.nt. Th.A.L. Kliebisch, NJ 2006, 151 (B.T.L. Lease/erven Van Summeren)

Rb. Utrecht 10 mei 2006, JOR 2006/274 m.nt. A.J. Verdaas (Van den End q.q./NHO)

Vzngr. Rb. Arnhem 23 juni 2006, JOR 2006/253

Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, JOR 2007/53 m.nt. A.J. Verdaas (NCM/Den Heijer)

Rb. Leeuwarden 4 oktober 2006, JOR 2007/305 (ING/Verdonk q.q.)

HR 3 november 2006, JOR 2007/76 m.nt. SCJJK en S.E. Bartels, NJ 2007, 155 m.nt. PvS (Nebula)

HR 24 november 2006, JOR 2006/26 m.nt. A.J. Verdaas (FIC/Van Lieshout)

Hof 's-Gravenhage 6 februari 2007, JOR 2007/103 m.nt. NEDF (Citibank/KPN)

HR 8 juni 2007, LJN AZ4569 (Van der Werff q.q./BLG)

HR 22 juni 2007, LJN BA2511 (ING/Verdonk q.q.)

Van der Aa 2007

M.J. van der Aa, De afkoelingsperiode in faillissement. Een onderzoek naar enkele materieelrechtelijke aspecten van de afkoelingsperiode tijdens het faillissement van een onderneming naar huidig en mogelijk komend insolventierecht (Serie Recht en Praktijk nr. 154), Deventer: Kluwer 2007

Van Achterberg 1999

M.P. van Achterberg, Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen (Monografieën Nieuw BW B44), Deventer: Kluwer 1999

Van Achterberg 2002

M.P. van Achterberg, 'UNCITRAL-verdrag inzake cessie van vorderingen in internationale handel', WPNR 2002 (6474 en 6475), p. 109-116 en p. 127-131

Abendroth 2006

R.J. Abendroth, 'Een jaar stille cessie', TvI 2006, 14 p. 58-61

Adriaanse e.a. 2004

J.A.A. Adriaanse e.a., Informele reorganisatie in het perspectief van surseance van betaling, WSNP en faillissement, Boom Juridische uitgevers/Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie 2004 (Onderzoek & Beleid 224)

Adriaanse 2005

J.A.A. Adriaanse, Restructuring in the shadow of the law. Informal Reorganisation in the Netherlands (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005

Asbreuk-van Os 1992

M.M. Asbreuk-van Os, 'Verpanding van de rechten uit een overeenkomst van levensverzekering en het recht de begunstigde aan te wijzen', WPNR 1992 (6070), p. 842-846

Asser 1873

E.I. Asser, *Bedenkingen tegen het ontwerp van wet, houdende wijzingen in de wettelijke bepalingen omtrent het pandrecht*, Amsterdam: Blickman & Sartorius 1873

Asser/Van der Grinten/Kortmann 2-I 2004

S.C.J.J. Kortmann, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*. De vertegenwoordiging, Deventer: Kluwer 2004

Asser/Hartkamp 4-I 2004

A.S. Hartkamp, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Verbintenissenrecht*. Deel I. De verbintenis in het algemeen, Deventer: Kluwer 2004

Asser/Hartkamp 4-II 2005

A.S. Hartkamp, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Verbintenissenrecht*. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2005

Asser/Hartkamp 4-III 2006

A.S. Hartkamp, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Verbintenissenrecht*. Deel III. De verbintenis uit de wet, Deventer: Kluwer 2006

Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994

S.C.J.J. Kortmann, L.J.M. de Leede en H.O. Thunnissen, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Bijzondere overeenkomsten*. Deel III. Overeenkomst van opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

Asser/Maeijer 2-III 2000

J.M.M. Maeijer, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*. De naamloze en de besloten vennootschap, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000

Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam 3-I 2006

F.H.J. Mijnssen en P. de Haan, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Goederenrecht*. Algemeen goederenrecht, Deventer: Kluwer 2006

Asser/Mijnssen/Van Velten/Van Mierlo 3-III 2003

A.I.M. van Mierlo, F.H.J. Mijnssen en A.A. van Velten, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Goederenrecht. Zekerheidsrechten, Deventer: Kluwer 2003

Asser/Scholten 1974

P. Scholten, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel (met feitelijke gegevens aangevuld door G.J. Scholten), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974

Bartels 2002

S.E. Bartels, 'Onverschuldigde afgekorte betaling', in: S.C.J.J. Kortmann e.a (red.), Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht (Serie Onderneming en Recht deel 24), Deventer: Kluwer 2002, p. 573-600

Bartels 2003

S.E. Bartels, 'Oryx of de goederenrechtelijke werking van een cessieverbod (HR 17 januari 2003, nr. C01/162HR, RvdW 2003, 15)', Bb 2003, p. 65-69

Bartels 2004

S.E. Bartels, De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen (diss. Utrecht), Boom Juridische Uitgevers 2004

Bartels 2007

S.E. Bartels, 'Een nog steeds niet beantwoorde vraag over derdenbeslag en onverschuldigde betaling', NTBR 2007, 9, p. 87

Bartels en Timmerman 2006

S.E. Bartels en L. Timmerman, 'Eén hypotheekrecht op meer registergoederen, kan dat?', NTBR 2006, 11, p. 94-100

Bartman 2004

S.M. Bartman, '403-verklaring blijft bron van misverstand. Nadere gedachten rond HR 28 juni 2002, NJ 2002, 447 m.nt. Ma (Akzo/ING)', Ondernemingsrecht 2004, p. 48-52

Beekhoven van den Boezem 2003a

F.E.J. Beekhoven van den Boezem, Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003

Beekhoven van den Boezem 2003b

F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Verpanding van vorderingen op naam: soepelheid troef!', O & F 2003, afl. 59, p. 11-15

Beekhoven van den Boezem 2005

M.B. Beekhoven van den Boezem, 'Rechtstreeks in de tweede graad? Artikel 475 Rv nader belicht', WPNR 2005 (6614), p. 215-223.

Beekhoven van den Boezem en Goosmann 2007a

F.E.J. Beekhoven van den Boezem en C.E. Goosmann, 'Art. 58 lid 1 Fw ziet niet op de inning van verpande vorderingen, doch slechts onder omstandigheden op de verkoop ervan', TvI 2007, 3, p. 15-18

Beekhoven van den Boezem en Goosmann 2007b

F.E.J. Beekhoven van den Boezem en C.E. Goosmann, 'Naschrift bij de reacties van R. Verdonk en A.J. Verdaas op ons artikel 'Art. 58 lid 1 Fw ziet niet op de inning van verpande vorderingen, doch slechts onder omstandigheden op de verkoop ervan'', TvI 2007, 12, p. 62-63

Bertrams 2004

Roeland Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade. The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and Common Law Jurisdictions*, Third revised edition, Paris/New York: ICC Publishing/Kluwer Law International 2004

Beuving 1996

J. Beuving, *Factoring* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht deel 4), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Beuving 1998

J. Beuving, 'Cessie van deelvorderingen. Een merkwaardige uitspraak', NTBR 1998, p. 230-231

Beuving en Tjittes 1998

J. Beuving en R.P.J.L. Tjittes, 'Het tegengaan van een overmaat aan zekerheden', NJB 1998, p. 1547-1552

Biemans 2006

J.W.A. Biemans, 'Het stil recht van vruchtgebruik', WPNR 2006 (6653) p. 99-101

Blom 1989

M.A. Blom, Zekerheidscessie en stille verpanding van toekomstige vorderingen (NIBE-Bankjuridische Reeks nr. 2), Amsterdam: NIBE 1989

Blomkwist 1986

J.W.H. Blomkwist, 'De Bankgarantie', WPNR 1986 (5796), p. 551-556

Blomkwist 1992

J.W.H. Blomkwist, 'Reactie. Reactie naar aanleiding van het artikel van mr. R.D. Vriesendorp, WPNR (1991) 6025' (met naschrift R.D. Vriesendorp), WPNR 1992 (6072), p. 906-908

Boekraad 1997

G.A.J. Boekraad, Afwikkeling van de faillissementsboedel (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht deel 9), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

De Boer 2001

J. de Boer, 'Het NBW in de West', NJB 2001, p. 289-294

Boll 1984

J.M. Boll, 'De Bankgarantie', in: Preadviezen van de Vereniging 'Handelsrecht' 1984, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 77-142

Bouwes 2005

M.Tj. Bouwes, 'Harmonisatie van het burgerlijk recht door de achterdeur. Een common frame of reference', NJB 2005, p. 944-948

Brahn/Reehuis 1997

O.K. Brahn/W.H.M. Reehuis (bew.), Overdracht (Monografieën Nieuw BW B6a), Deventer: Kluwer 1997

Broekveldt 2003

L.P. Broekveldt, Derdenbeslag (diss. Leiden, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk), Deventer: Kluwer 2003

Broekveldt 2005

L.P. Broekveldt, 'Uitwinning van aan een beslagen vordering verbonden zekerheden (HR 11 maart 2005, RvdW 2005, 39)', TCR 2005, p. 106-113

Van Buuren 2002

R. van Buuren, 'Achterhaalde beperking van stil pandrecht op vorderingen op naam', V&O 2002, p. 11-14

Christiaans 2004

C.R. Christiaans, 'Procall en het einde van de kwaliteitsrekening', Vermogensrechtelijke annotaties 2004, 1, p. 80-90

Van Creveld 1953

I. van Creveld, Cessie van schuldvorderingen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953

Van Daal 2003

Georg van Daal, 'Van openlegging naar overlegging: artikel 3:15b BW een Doos van Pandora?', TvI 2003, p. 84-89

Van Daal en Winter 2001

G.C. van Daal en A.J. Winter, Het andere Antilliaanse vermogensrecht(SNAAR deel 4A), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001

Van Dale 2005

C.A. den Boon en D. Geeraerts (hoofdred.), Van Dale Groot Woordenboek van de Nederlandse taal, Utrecht: Van Dale Lexicografie 2005

Dalhuisen 2003

J.H. Dalhuisen, 'Zekerheid in roerende zaken en rechten', in: Zekerheid in roerende zaken en rechten. Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2003, Kluwer 2003, p. 1-84

Damkot en Verdaas 2003

H.J. Damkot en A.J. Verdaas, 'Verpanding van toekomstige vorderingen beperkt mogelijk; verruiming gewenst?' (met reactie van S.A.H.J. Warringa en D. Winkel/naschrift Damkot en Verdaas), TvI 2003, p. 3-13

Van Dijck 2006

G. van Dijck, De faillissementspauliana: revisie van een relict (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006

Van Dijck en Van den Heuvel 2004

G. van Dijck en N.W.M. van den Heuvel, 'Discussiëren over goederenrecht', TvI 2004, 44, p. 191-200

Dirix 1988

E. Dirix, 'Nieuwe overeenkomsten tot zekerheid', TPR 1988, p. 323-355

Dirix 2005

E. Dirix, 'Kroniek Belgisch insolventierecht', TvI 2005, 26, p. 99-106

Dirix en Kortmann 1989

E. Dirix en S.C.J.J. Kortmann: Compensatie en concursus creditorum, TPR 1989, p. 1657-1683

Van Eeghen 2006

L.J. van Eeghen, Het schemergebied vóór faillissement. Een onderzoek naar de wenselijke verdeling van verhaalsrisico's van de onderneming vóór faillissement (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006

Eggers 1960

J. Eggers, Over de verhouding van eigendom en verbintenis (Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, afd. letterkunde, nieuwe reeks, deel 23, No. 7), Amsterdam: Noord-Hollandse Uitgevers Maatschappij 1960

Van Emden 2005

E.L.A. van Emden, Bankgarantie (Serie Financieel recht nr. 11), Deventer: Kluwer 2005

Van Engelen 2003

Th.C.J.A. van Engelen, Onverkoopbare vermogensrechten. Artikel 3:83(3) BW nader beschouwd (Serie Onderneming & Recht deel 26), Deventer: Kluwer 2003

Van Erp 1991

R.H. van Erp, 'Het rechtskarakter van de verrekening', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.) Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 305-328

Faber 1994

N.E.D. Faber 'Verrekening en faillissement', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Financiering en aansprakelijkheid (Serie Onderneming en Recht deel 1), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 163-197

Faber 1995a

N.E.D. Faber, 'Enige beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen', NTBR 1995, p. 35-40

Faber 1995b

N.E.D. Faber, 'Betaling van stil verpande vorderingen vóór of tijdens faillissement', NbBW 1995, p. 26-30

Faber 1997

N.E.D. Faber, 'Levering van toekomstige goederen en overdracht onder opschortende voorwaarde. Een uitgemaakte zaak?', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht (Serie Onderneming en Recht deel 7), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 179-221

Faber 2000

N.E.D. Faber, 'Beschikken in het heden met het oog op de toekomst. Dogmatiek of gebakken lucht?', in: I. Brand e.a. (red.), BW-krant jaarboek 16, Deventer: Gouda Quint, 2000, p. 173-184

Faber 2005

N.E.D. Faber, Verrekening (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht deel 33), Deventer: Kluwer 2005

Faber en Van Hees 1994

N.E.D. Faber en J.J. van Hees, 'Niet-accessoiriteit zekerheidseigendom; betaling door een derde; overdracht van zekerheidseigendom' (Bespreking van HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462 m.nt. WMK (Nijverdall/Wildevink q.q.)), NTBR 1994, p. 191-197

Van der Feltz I

S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave. Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, deel I bewerkt door Mr. G.W. Baron van der Feltz. Haarlem 1896 (Serie Onderneming en Recht deel 2-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

Fesevur 1992

J.E. Fesevur, Voorrechten en retentierecht (Monografieën Nieuw BW B-13), Deventer: Kluwer 1992

Van Gaalen 1996

M.S. van Gaalen, 'Verrekening en de positie van derden', in: B. Wessels (red.), Verrekening (Serie Recht en Praktijk nr. 93), Deventer: Kluwer 1996, p. 39-58

Van Galen 1997

R.J. van Galen, 'Het primaat van de pandhouder', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht (Serie Onderneming en Recht deel 7), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 587-607

Van Galen 2001

R.J. van Galen, 'De curator en de separatist', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), Onzekere zekerheid (INSOLAD Jaarboek 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 27-34

Gerver 2001

P.H.M. Gerver, Het recht van hypotheek (Studiepockets privaatrecht nr. 49), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001

Ginossar 1960

S. Ginossar, Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux (Librairie générale de droit et de jurisprudence), Paris: Pichon et Durand-Auzias 1960

Gispen 1993

G.H. Gispen, 'Het lot van de bevrijdende betaling door de debiteur van de stil verpande vordering na het faillissement van de (stil) pandgever (reactie op P.C. Voûte, Stil verpande vorderingen: inning en verhaalsuitoefening, NTBR 1993, p. 103-107)', NTBR 1993, p. 220-222

Goode 2004

Roy Goode, Commercial Law, London: LexisNexis UK and Penguin Books 2004

De Grooth 1948

G. de Grooth, De rechtsleer der rekening-courant en de compensatie. Een critisch-dogmatische, rechtsvergelijkende studie, Leiden: Universitaire pers Leiden 1948

Guillaume 2006

A.A.C. Guillaume, 'De zekerheid van derdenbeslag', WPNR 2006 (6684), p. 723-727

Hamaker 1875

H.J. Hamaker, Beschouwingen over pandrecht (Nieuwe bijdragen voor rechtsgeleerdheid en wetgeving), 1875

Hamaker 1899

H.J. Hamaker, Het pandrecht op eene schuldvordering, 1899 (overdruk WPNR 5, 12 en 19 februari en 12 maart 1899), 1899

Hammerstein en Vranken 2003

A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten (Monografieën Nieuw BW A10), Deventer: Kluwer 2003.

Hartkamp 2005

A.S. Hartkamp, Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraak, Deventer: Kluwer 2005

Hartlief 2004

T. Hartlief, 'De uitleg van contracten. Haviltex revisited', TPR 2004, p. 1065-1084

Heemstra en Tjon-En-Fa 2006

J.R.B. Heemstra en E.M. Tjon-En-Fa, 'Derdenbeslag op met hypotheek versterkte vordering: de beslaglegger (w)int', WPNR 2006 (6659 en 6660), p. 244-250 en p. 266-271

Van Hees 2002

A. van Hees, 'Stille verpanding van vorderingen en informatieplicht van de curator jegens de pandhouder; een reactie', TvI 2002, p. 212-214

Van Hees 1997

J.J. van Hees, Leasing (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht deel 8), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

Van Hees 2004

J.J. van Hees, 'Schuldeisers en de afwikkeling van het faillissement: de curator onder invloed?', TvI 2004, 58, p. 291-297

Hesselink 2003

M.W. Hesselink, 'Naar een coherenter Europees contractenrecht? Het Actieplan van de Europese Commissie' NJB 2003, p. 2086-2094

Van den Heuvel 2001

N.W.M. van den Heuvel, 'Zekerheid in een redelijke verhouding', WPNR 2001 (6463), p. 918-926

Van den Heuvel 2004

N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

Heyman 1992

H.W. Heyman, 'De uitoefening van zekerheidsrechten bij verpanding van vorderingen. Reactie naar aanleiding van het artikel van mr. R.D. Vriesendorp, WPNR (1991) 6025, p. 345-347' (met naschrift R.D. Vriesendorp), WPNR 1992 p. 345-348

Heyman 1994

H.W. Heyman, 'De reikwijdte van het fiduciaverbod. In het bijzonder in verband met leasing', WPNR 1994 (6119), p. 1-14

Hoekstra 2006

G.D. Hoekstra, 'Het arrest Mulder q.q. (HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder q.q.)) en de creditors' bargain: een rechtseconomische toets', *Ondernemingsrecht* 2006, 55, p. 181-186.

Hoekstra 2007

G.D. Hoekstra, *De positie van de pandhouder in het faillissementsrecht. Een rechtseconomisch en rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Groningen, Crbs dissertatiereeks), Boom Juridische uitgevers 2007

Hugenholtz/Heemskerk 2006

W. Hugenholtz, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht* (voortgezet door mr. W.H. Heemskerk), Den Haag: Elsevier juridisch 2006

Janssen 1992a

J.F.M. Janssen, 'Pandrecht op vorderingen, mogelijkheden en onmogelijkheden', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod licet* (Kleijn-Bundel), Kluwer: Deventer, 1992, p. 157-177

Janssen 1992b

J.F.M. Janssen, 'Verrekening volgens het Nieuw Burgerlijk Wetboek', WPNR 1992 (6056), p. 509-516

Janssen 2005

J.F.M. Janssen, 'Revival van de zekerheidsoverdracht?', WPNR 2005 (6610), p. 133-143

Janssen 2006

J.F.M. Janssen, 'De levering bij voorbaat van toekomstige goederen', WPNR 2006 (6685), p. 745-755

De Jong 2006

Th.F. de Jong, De structuur van het goederenrecht. Over het afschaffen van het begrip van de onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006

Keijser 2003

T.R.M.P. Keijser, 'De rechtspositie van de pandgever op de schopstoel. Het gebruiksrecht van de Collateral Richtlijn beschouwd naar Nederlands en Duits recht', NTBR 2003, p. 432-442

Keijser 2006

T.R.M.P. Keijser, Financial collateral arrangements. The European collateral directive considered from a property and insolvency law perspective (diss. Nijmegen, Series of law and business and finance volume 9), Deventer: Kluwer 2006

Keijser en Verdaas 2003

T.R.M.P. Keijser en A.J. Verdaas, 'Bespreking van het preadvies Zekerheid in roerende zaken en rechten, uitgebracht aan de Vereeniging 'Handelsrecht' door J.H. Dalhuisen en L.D. van Setten', TvI 2003, p. 291-297

De Klerk-Leenen en Klomp 1998 (Verbintenissenrecht)

A.P.A. de Klerk-Leenen en R.J.Q. Klomp, in: E.H. Hondius (red.), Verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer (bijgewerkt tot en met 1 april 1998)

Kortmann 1973

S.C.J.J. Kortmann, 'De relationele bepaaldheid der eigendom en de eigendom van vorderingen', AA 1973, p. 426-436

Kortmann 1989

S.C.J.J. Kortmann, 'Staal Bankiers/Mr. Ambags q.q.' (annotatie van HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 m.nt. WMK), AA 1989, p. 56-61

Kortmann 1992

S.C.J.J. Kortmann, 'Eigendom onder voorwaarde', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod licet* (Kleijn-Bundel), Kluwer: Deventer, 1992, p. 199-211

Kortmann 1993

S.C.J.J. Kortmann, 'Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Zakenrecht, Algemeen goederenrecht, 13^e druk, bewerkt door mr. F.H.J. Mijnsen en mr. P. de Haan, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1992, XXVII + 443 p.' (boekbeschuwing), RM Themis 1993, p. 94-105

Kortmann 1994a

S.C.J.J. Kortmann, 'Struikelt leasing over de dode letter van art. 3:84 lid 3 BW?', WPNR 1994 (6119), p. 18-23

Kortmann 1994b

S.C.J.J. Kortmann, 'De afkoelingsperiode van art. 63a Fw: ondoordachte wetgeving', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Financiering en aansprakelijkheid* (Serie Onderneming en Recht deel 1), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 149-161

Kortmann 1994c

S.C.J.J. Kortmann, 'Koninklijke Nijverdal ten Cate NV/Mr. Wilderink q.q.' (annotatie van HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462 m.nt. WMK), AA 1994, p. 745-751

Kortmann 1996

S.C.J.J. Kortmann, 'Spaarbank Rivierenland/Mr. Gispen q.q.' (annotatie van HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447, m.nt. WMK), AA 1996, p. 115-120

Kortmann 2002a

S.C.J.J. Kortmann, 'Meijs q.q. / Bank of Tokyo – Mitsubishi (annotatie van HR 29 juni 2001, JOR 2001, 220, NJ 2001, 662 m.nt. WMK)', AA 2002, p. 726-731

Kortmann 2002b

S.C.J.J. Kortmann, 'Verrekening door de bank/stil pandhouder vóór of tijdens het faillissement van de pandgever', in: S.C.J.J. Kortmann e.a (red.), Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht (Serie Onderneming en Recht deel 24), Deventer: Kluwer 2002, p. 389-407

Kortmann 2005

S.C.J.J. Kortmann, 'Inning van andermans gesecureerde vordering', TvI 2005, 19, p. 67-69

Kortmann en Faber 1995

S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen (Serie Onderneming en Recht deel 2-III), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Kortmann en Faber 1996

S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'Honderd jaar Faillissementswetgeving', TvI 1996, p. 123-133

Kortmann en Faber 1999

S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'Een streng bepaaldheidsvereiste: geldend recht of "wishful thinking"?', WPNR 1999 (6374), p. 750-753

Kortmann en Faber 2001

S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'Pand, hypotheek en fixatiebeginsel', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), Onzekere zekerheid (INSOLAD Jaarboek 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 139-153

Kortmann, Faber en Van Hees 1998

S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber en J.J. van Hees, 'Continuïteit van de onderneming in moeilijkheden' (preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland), TPR 1998, p. 1253-1331

Kortmann en Van Hees 1995

S.C.J.J. Kortmann en J.J. van Hees, 'Reïncarnatie in het recht, ofwel: de nieuwe gedaante van de zekerheidsoverdracht. Het arrest Keereweert q.q./Sogelease BV', NJB 1995, p. 995

Kortmann, Rongen en Verhagen 2001

S.C.J.J. Kortmann, M.H.E. Rongen en H.L.E. Verhagen, 'Zekerheidsrechten op naam van een 'trustee'', WPNR 2001 (6459 en 6460), p. 813-823 en p. 840-846

Köster 1964

H.K. Köster, Cessie naar huidig en wordend recht (preadvies aan de Broederschap der Candidaat-Notarissen), 's-Gravenhage: Broederschap der Candidaat-Notarissen, 1964 p. 67-152

Kraamwinkel 2006

M.O. Kraamwinkel, 'Artikel 58 Fw geldt onverkort voor inning van verpande vorderingen', TvI 2006, 5, p. 30-33

Kunneman 1999

F.B.M. Kunneman, 'De rechtspositie van de fiduciair gerechtigde naar nieuw Nederlands-Antilliaans burgerlijk recht', WPNR 1999 (6356), p. 350-357

Land 1861

N.K.F. Land, Academisch proefschrift over het pandrecht op inschulden (dissertatie Leiden), Leiden: Van Doesburgh 1861

Leuftink 1995

A.L. Leuftink, Surséance van betaling (Serie Recht en Praktijk nr. 87), Deventer: Kluwer 1995

De Liagre Böhl 1991

E.W.J.H. de Liagre Böhl (met medewerking van E.A. Brood en J.T. Dantuma), Sanering en faillissement naar huidig en nieuw recht (Vademecum ondernemingsrecht), Deventer: Kluwer 1991

Lioni 1885

D.E. Lioni, De verpanding van inschulden naar het Romeinsch en Nederlandsch recht (dissertatie Amsterdam UvA), Amsterdam: Gebroeders Binger 1885

Loesberg 1998

E. Loesberg, 'Enige beschouwingen over zekerheden in collectief verband', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en Effecten* (Serie Onderneming en Recht deel 13), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 525-539

Losecaat Vermeer 1928

P.A.J. Losecaat Vermeer, 'Voldoet de tegenwoordige regeling van het pandrecht aan de behoeften van het verkeer? Zoo neen, welke wijzigingen en aanvullingen zijn dan gewenscht?' (preadvies), in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1928-I*, p. 1-63

Loth 2003

M.A. Loth, 'Inleiding', in: M.A. Loth en J. Sybesma (red.), *Hoofdstukken Nederlands-Antilliaans en Arubaans recht* (SNAAR deel 8), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-16

Meijers 1936

E.M. Meijers, 'Eigendomsoverdracht tot zekerheid' (preadvies), in: *Correspondentie-blad van de broederschap der notarissen in Nederland*, Amsterdam: 1936, p. 237-284

Meijers 1948

E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht (Algemene Leer van het Burgerlijk Recht deel I)*, Leiden: Universitaire pers Leiden, 1948

Meijers 1954

E.M. Meijers, 'De Herziening van ons Burgerlijk Wetboek' (Rede uitgesproken op 8 mei 1948 in de Ridderzaal te 's-Gravenhage), in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van Prof. Mr. E.M. Meijers, eerste deel*, Leiden: Universitaire pers Leiden, 1954, p. 146-158

Mellema-Kranenburg 2007 (T&C Vermogensrecht)

T.J. Mellema-Kranenburg, in: J.H. Nieuwenhuis e.a. (red.) *Vermogensrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2007

Van Mierlo 1988

A.I.M. van Mierlo, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand* (diss. Nijmegen), Kluwer: Deventer 1988

Van Mierlo 1996

A.I.M. van Mierlo, 'Boekbespreking (bespreking van Asser/Mijnssen/Van Velten 3-III 1994)', WPNR 1996 (6226), p. 420-425

Van Mierlo 2001 (Verbintenissenrecht)

A.I.M. van Mierlo in: E.H. Hondius (red.), Verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer (bijgewerkt tot en met 1 november 2001).

Van Mierlo 2004 (Verbintenissenrecht)

A.I.M. van Mierlo in: E.H. Hondius (red.), Verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer (bijgewerkt tot en met 1 mei 2004)

Van Mierlo 2005 (Burgerlijke Rechtsvordering)

A.I.M. van Mierlo in: P. Vlas e.a. (red.), Burgerlijke Rechtsvordering, Deventer: Kluwer (bijgewerkt tot en met 1 maart 2005)

Mijnssen 1984

F.H.J. Mijnssen, 'De Bankgarantie', in: Preadviezen van de Vereniging 'Handelsrecht' 1984, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 3-74

Mijnssen 1995

F.H.J. Mijnssen, De rekening-courantverhouding (Studiepockets privaatrecht nr. 19), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Mijnssen 2003

F.H.J. Mijnssen, Materieel beslagrecht (Studiepockets privaatrecht nr. 42), Deventer: Kluwer 2003

Molenaar 1992a

F. Molenaar, Pandrecht (Monografieën Nieuw BW B-12a), Deventer: Kluwer 1992

Molenaar 1992b

F. Molenaar, 'Verpanding van vorderingen gedekt door zekerheid. Reactie naar aanleiding van het artikel van mr. R.D. Vriesendorp, WPNR (1991) 6025' (met naschrift R.D. Vriesendorp), WPNR 1992 (6048), p. 349-350

Molkenboer en Verdaas 2002

G.J.P. Molkenboer en A.J. Verdaas, 'Stille verpanding van vorderingen en de informatieplicht van de curator jegens de pandhouder', TvI 2002, p. 205-212

De Neve 2002

A.G. de Neve, 'De concernvrijstellingsregeling: de 403-aansprakelijkstelling volgens de Hoge Raad', *TvI* 2002, p. 235-242

Van Nierop 1928

H.A. van Nierop, 'Voldoet de tegenwoordige regeling van het pandrecht aan de behoeften van het verkeer? Zoo neen, welke wijzigingen en aanvullingen zijn dan gewenscht?' (preadvies), in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1928-I, p. 1-47

Out 2003

J.C. Out, 'Bestaande en (nog) niet bestaande vorderingen', *Groninger opmerkingen en mededelingen* 2003, p. 63-95

Out 2005

J.C. Out, *Vormen van Accessoriëteit. Een romanistische studie over het verschijnsel accessoriëteit bij het goederenrechtelijke zekerheidsrecht* (diss. Leiden, *Rechtshistorische reeks van het Gerard Noodt Instituut* nr. 48), Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 2005

Pabbruwe 1983

H.J. Pabbruwe, 'Overdracht van de rechten uit een abstracte bankgarantie', *WPNR* 1983 (5658), p. 429-432

Pabbruwe 1995

H.J. Pabbruwe, 'Nogmaals: overdracht van de rechten uit een abstracte bankgarantie', *WPNR* 1995 (6194), p. 605-606

Pabbruwe 2000

Pabbruwe, H.J., *Bankgarantie (Serie Bank- en Effectenrecht nr. 11)*, Deventer: Kluwer 2000

Parl. Gesch. Boek 3

C.J. van Zeben en J.W. Du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981

Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990

Parl. Gesch. Boek 5

C.J. van Zeben en J.W. Du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981

Parl. Gesch. Boek 6

C.J. van Zeben en J.W. du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981

Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3,5 en 6)

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990

Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6)

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de wet op de rechterlijke organisatie en de Faillissementswet. Aanpassing van de overige wetten*, Deventer: Kluwer 1992

Peletier 1996

M.E.M.G. Peletier, 'Vereisten van verrekening', in: B. Wessels (red.), *Verrekening* (Serie Recht en Praktijk nr. 93), Deventer: Kluwer 1996, p. 23-37

Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006

W.H.M. Reehuis e.a., Pitlo. *Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006

Polak/Wessels 2003 (III)

B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)* (Polak-Wessels, Insolventierecht Deel III), Deventer: Kluwer 2003

Rank 1996

W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling* (diss. Leiden, Serie Recht en Praktijk nr. 94), Deventer: Kluwer 1996

Rank 1998a

W.A.K. Rank, 'Repo's en repowet: van de regen in de drup', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en Effecten* (Serie Onderneming en Recht deel 13), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 371-418

Rank 1998b

W.A.K. Rank, *De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk. Beschouwingen over sale and lease back, leveraged leasing, repo's en securitisations* (oratie Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998

Rank-Berenschot 1992

E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenisrecht* (diss Leiden), Deventer: Kluwer 1992

Rank-Berenschot 1997a

E.B. Rank-Berenschot, 'Substitutie na inning van een openbaar verpande vordering', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht* (Serie Onderneming en Recht deel 7), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 237-252

Rank-Berenschot 1997b

E.B. Rank-Berenschot, *Verpanding van vorderingen* (NIBE Bankjuridische Reeks nr. 33), Amsterdam: NIBE 1997

Reehuis 1987

W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding van roerende zaken en vorderingen volgens het NBW. Overeenkomsten en verschillen met zekerheidsoverdracht. Met beschrijving van het overgangsrecht* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987

Reehuis 1989

W.H.M. Reehuis, 'Cessie van toekomstige vorderingen naar huidig en komend recht', *Groninger opmerkingen en mededelingen* 1989, p. 62-87

Reehuis 2004

W.H.M. Reehuis, *Levering* (Monografieën Nieuw BW B6b), Deventer: Kluwer 2004

Reepmaker 1873

J.C. Reepmaker, 'Pandrecht, praeferentie en retentie in handelszaken met inbegrip van de wijzigingen, die hieruit ook in het burgerlijk recht zouden kunnen voortvloeien' (preadvies), in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1873*, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1873, p. 75-85

Reuder 2005

K.E. Reuder, 'Een nieuw artikel 3:94 lid 3 BW – het (on)vermogen voor de financieringspraktijk', *O&F* 2004, nr. 67, p. 18-31

Rongen 2002a

M.H.E. Rongen, 'Vorderingen als verhandelbare goederen: wijzigingen van de onderliggende overeenkomst na cessie of verpanding', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht (Serie Onderneming en Recht deel 24)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 275-297

Rongen 2002b

M.H.E. Rongen, 'Securitisation. Wat zal het zijn: true sale, contingent perfection of secured loan?', *TvI* 2002, p. 3-16

Van Rossem/Cleveringa 1972

R.P. Cleveringa, Mr. W. van Rossem's verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972

Rueb 2005

A.S. Rueb, 'Repelsteeltje. Ofwel: de partijwisseling tijdens de procedure', in: R.J.C. Flach e.a. (red.), *Amice (Rutgers-bundel)*, Deventer: Kluwer 2005, p. 275-284

Sagaert 2003

V. Sagaert, *Zakelijke subrogatie* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2003

Van Santen en Verhoef 2006

B.P.A. van Santen en T.J.M.L. Verhoef, 'Surseance van betaling: nooit méér dan een stok achter de deur', *TvI* 2006, 32, p. 147-155

Saunders and Schmeits 2002

Anthony Saunders and Anjolein Schmeits, *The Role of Bank Funding for the Corporate Sector: the Netherlands in an International Perspective* (Topics in Corporate Finance number 5), Amsterdam: Amsterdam Center for Corporate Finance 2002

Scheltema 2003

A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003

Scheltema 2004

A.H. Scheltema, 'De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde', AA 2004, p. 671-677

Schoordijk 1986

H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W. (Titel 1 t/m 5, titel 11)*, Deventer: Kluwer 1986

Schoordijk 2003

H.C.F. Schoordijk, 'Hoofdelijkheid in het algemeen en de 2:403 lid 1 sub f verklaring in het bijzonder. (n.a.v. Hoge Raad, 31 juli 2001; JOR 2001, 170; NJ 2002, 447). Had de Ondernemingskamer niet toch gelijk?', in: M.J.G.C. Raaijmakers (red.), *Trust en Onderneming* (Uniken Venema bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 59-82

Smelt 2006

A.A.J. Smelt, *Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse Vermogensrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006

Snijders 1998

H.J. Snijders, 'De titel van art. 3:84 lid 2 BW', in: M.H. Claringbould e.a., *Van Beheering. 'goederenrechtelijke beschouwingen'. Twaalf opstellen bij het zestiende lustrum van Societas Iuridica Grotius en de vierhonderden-vijftiende geboortedag van Hugo de Groot*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 163-170

Snijders 2004a

H.J. Snijders, 'De kwaliteitsrekening nader beschouwd', NTBR 2004, 57, p. 298-305

Snijders 2004b

H.J. Snijders, 'De kwaliteitsrekening nader beschouwd' TPR 2004 (Liber amicorum T.P.R. en Marcel Storme), p. 601-621.

Snijders 2006

H.J. Snijders, 'Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken', NTBR 2006, 31, p. 223-228

Snijders 1970

W. Snijders, 'Bezitloze zekerheid op roerende zaken', in: Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse Juristen-Vereeniging 1870-1970, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 25-39

Snijders 1990

W. Snijders, in: Verslag van de vergadering van de Vereeniging 'Handelsrecht', gehouden te Utrecht op 10 maart 1989 over Leasing (interventie), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 71-78

Snijders 1999

W. Snijders, 'Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht (I) en (II)', WPNR 1999 (6365 en 6366), p. 558-565 en p. 583-589

Snijders 2002

W. Snijders, 'De openheid van het vermogensrecht. Van syndicaatszekerheden, domeinnamen en nieuwe contractsvormen', in: S.C.J.J. Kortmann e.a (red.), Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht (Serie Onderneming en Recht deel 24), Deventer: Kluwer 2002, p. 27-58

Snijders 2005

W. Snijders, 'Ongeregeldheden in het vermogensrecht (I) en (II)' WPNR 2005 (6607 en 6608), p. 79-85 en p. 94-102

Snijders 2007

W. Snijders, 'Een blik op het BW', NJB 2007, p. 10-16

Snijders/Rank-Berenschot 2007

H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, Goederenrecht (Studiereeks burgerlijk recht 2), Deventer: Kluwer 2007

Stein 1992

H. Stein, 'Vorderingen als verhaalsobject', in: P. Abas e.a., Te Pas. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.A. Stein (afscheidsbundel P.A. Stein), Deventer/Zwolle: Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, p. 231-238

Stein 2006 (Vermogensrecht)

P.A. Stein in: W.M. Kleijn en Jac. Hijma (red.), Vermogensrecht, Deventer: Kluwer (bijgewerkt tot en met 1 augustus 2006)

Steneker 2002

A. Steneker, 'Kwaliteitswetgeving laat op zich wachten. Reactie op Kamerstukken 22 775 en 23 706, nr. 21', WPNR 2002, p. 385-391

Steneker 2004a

A. Steneker, 'Girale substitutie', NTBR 2004, 66, p. 346-355

Steneker 2004b

A. Steneker, 'Voorrangsvragen bij stil pand op vorderingen', WPNR 2004 (6578), p. 377-384

Steneker 2005

A. Steneker, Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht deel 31), Kluwer: Deventer 2005

Van Straaten 2005

J.C. van Straaten, 'Beslag op een hypothecaire vordering geeft beslaglegger hypothecaire voorrang', JBN 2005, 38.

Struycken 1997

T.H.D. Struycken, 'Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht (Serie Onderneming en Recht deel 7), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 121-162

Struycken 1999

T.H.D. Struycken, 'De eliminatie van het bepaaldheidsvereiste', WPNR 1999 (6366), p. 577-582

Struycken 2007

T.H.D. Struycken, De numerus clausus in het goederenrecht (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht deel 37), Deventer: Kluwer 2007

Suijling 1936

J.P.H. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht. 2^e Stuk - 2^e gedeelte, Haarlem: De erven F. Bohn 1936

Suijling 1940

J.P.H. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht. 5^e Stuk. Zakenrecht, Haarlem: De erven F. Bohn 1940

Suijling 1948

J.P.H. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht. I. Algemene beginselen, Haarlem: De erven F. Bohn 1948

Van Swaaij 2000

J.H.M. van Swaaij, Beschikken en rechtsovergang (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000

Tanja-van den Broek 2002

T.H. Tanja-van den Broek, 'Een kwestie van uitleg', WPNR 2002 (6493), p. 430-436

Tellegen en Tellegen-Couperus 2002

J.W. Tellegen en O. Tellegen-Couperus, 'Fiducia cum creditore en ons systeem van zakelijke rechten', TPR 2002, p. 1475-1495

Timmerman 2002

L. Timmerman, 'Bankhypotheek en afhankelijkheid', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.) Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht (Serie Onderneming en Recht deel 24), Deventer: Kluwer 2002, p. 409-424

Timmers 2002

Oscar Timmers, Dromen van stof, Amsterdam: De Bezige Bij 2002

Tjittes 2005

R.P.J.L. Tjittes, 'Uitleg van schriftelijke contracten', RM Themis 2005, p. 2-29

Tydeman 1873

J.W. Tydeman, 'Pandrecht, praferentie en retentie in handelszaken met inbegrip van de wijzigingen, die hieruit ook in het burgerlijk recht zouden kunnen voortvloeien' (preadvies), in: Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1873, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1873, p. 86-122

Uniken Venema/Zwalve 2000

W.J. Zwalve, C.AE Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000

Valk 2007 (T&C Vermogensrecht)

W.L. Valk, in: J.H. Nieuwenhuis e.a. (red.) Vermogensrecht. Tekst & Commentaar, Deventer: Kluwer 2007

Verdaas 2001

A.J. Verdaas, 'Invulling van het bepaaldheidsvereiste in het pandrecht: 'Aan de botsing der meningen ontspringt de waarheid'', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), Onzekere zekerheid (INSOLAD Jaarboek 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 213-225

Verdaas 2002a

A.J. Verdaas, 'Beslag op kredietruimte: de wil is oneindig, de bevrediging beperkt', TvI 2002, p. 32-38

Verdaas 2002b

A.J. Verdaas, 'Pandperikelen. Het bepaaldheidsvereiste is ingevuld, nieuwe vragen rijzen', JOR plus 2002, p. 46-54

Verdaas 2002c

A.J. Verdaas, 'Twee maal het bepaaldheidsvereiste in het pandrecht (Mulder q.q./Rabobank en ING/Muller q.q.): één anticlimax en één verrassing', WPNR 2002 (6511), p. 791-794

Verdaas 2003a

A.J. Verdaas, 'De regeling van de afkoelingsperiode blijft ondoordacht', TvI 2003, p. 83-84

Verdaas 2003b

A.J. Verdaas, 'De stille cessie is welkom, maar kent nog één gebrek', WPNR 2003 (6446), p. 669-670

Verdaas 2005a

A.J. Verdaas, 'Beslag op kredietruimte: het eindspel', WPNR 2005 (6615), p. 244-248

Verdaas 2005b

A.J. Verdaas, 'Verruiming van artikel 47 Faillissementswet en stil pandrecht op vorderingen: voorzichtigheid is de moeder van de porseleinkast', in: S.H.M.A. Dumoulin, M.J.G.C. Raaijmakers en A.J.S.M. Tervoort (red.), *Tussen 'Themis en Mercurius'. Bedrijfsjuridische bijdragen aan een Europese beleidsconcurrentie bij gelegenheid van het 75-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 389-404

Verdaas 2007

A.J. Verdaas, 'Art. 58 lid 1 Fw ziet wel op de inning van verpande vorderingen', *TvI* 2007, 11, p. 58-61, met rectificatie in *TvI* 2007, p. 81

Verdaas 2007 (Commentaar Insolventierecht)

A.J. Verdaas, in: N.E.D. Faber e.a. (red.) *Sdu Commentaar Insolventierecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007

Verdonk 2006

R. Verdonk, 'Art. 57 en 58 Fw met betrekking tot verpande vorderingen', *TvI* 2006, 33, p. 156-160

Verdonk 2007

R. Verdonk, 'Reactie op F.E.J. Beekhoven van den Boezem en C.E. Goosmann, 'Art. 58 lid 1 Fw ziet niet op de inning van verpande vorderingen, doch slechts onder omstandigheden op de verkoop ervan'', *TvI* 2007, 4, p. 18-21

Verhagen en Rongen 2000

H.L.E. Verhagen en M.H.E. Rongen, *Cessie. De overdracht van vorderingen op naam (preadvies uitgebracht voor de vereniging voor Burgerlijk Recht)*, Kluwer 2000

Vermeulen 1992

H.A.W. Vermeulen, 'Van nieuw BW naar BW. XIII. Zekerheids- en verhaalsrecht (III)', *Advocatenblad* 1992, p. 515-520

Vermunt 2006

N.S.G.J. Vermunt, 'Het informatierecht van de stil pandhouder', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *10 jaar JOR. Alsnog geannoteerd*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 174-181

Verpaalen 1964

O.A.C. Verpaalen, Cessie naar huidig en wordend recht (preadvies aan de Broederschap der Candidaat-Notarissen), 's-Gravenhage: Broederschap der Candidaat-Notarissen, 1964 p. 1-65

Verstijlen 2002

F.M.J. Verstijlen, 'Oneigenlijke vermenging tussen art. 3:109/119 BW en 150 Rv', in: S.C.J.J. Kortmann e.a (red.), Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht (Serie Onderneming en Recht deel 24), Deventer: Kluwer 2002, p. 457-478

Verstijlen 2004

F.M.J. Verstijlen, Vergissingen in het goederenrecht (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

Verstijlen 2005

F.M.J. Verstijlen, 'Van feo naar fzo (via Brussel). Over het wetsvoorstel inzake de financiële zekerheidsovereenkomst en het spanningsveld tussen Europees en nationaal goederenrecht', Ondernemingsrecht 2005, p. 68-75

Verstijlen 2006a

F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M. van Andel en F.M.J. Verstijlen, Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzenvordering en de overeenkomst binnen faillissement (Preadviezen uitgebracht voor de vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2006, p. 87-160.

Verstijlen 2006b

F.M.J. Verstijlen, 'Paritas creditorum, voorrang en preferentie', TPR 2006, p. 1157-1236

Van Vliet 2005

L.P.W. van Vliet, 'De financiële zekerheidsovereenkomst, een tussenbalans', NTBR 2005, 34, p. 190-204

Voûte 1993

P.C. Voûte, 'Stil verpande vorderingen: inning en verhaalsuitoefening', NTBR 1993, p. 103-107

Voûte 1994

P.C. Voûte, 'Het fixatiebeginsel en het lot van (stil) verpande vorderingen bij faillissement van de pandgever', NTBR 1994, p. 1-7

Vranken 1999

J.B.M. Vranken, 'Verpanding, hoofdelijkheid en de nieuwe voorrangsregel van Zuidgeest/Furness', WPNR 1999 (6353), p. 267-271

Vriesendorp 1985

R.D. Vriesendorp, Het eigendomsvoorbehoud. Een onderzoek naar een praktische verkoperszekerheid in het huidige en komende Nederlandse recht met een slotbeschouwing van rechtshistorische aard (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1985

Vriesendorp 1991

R.D. Vriesendorp, 'Enige opmerkingen over het lot van afhankelijke (zekerheids)rechten bij verpanding van vorderingen naar NBW', WPNR 1991 (6025), p. 767-772

Vriesendorp 1992

R.D. Vriesendorp, 'Naschrift', WPNR 1992 (6048), p. 349-350 (Naschrift onder de reactie van F. Molenaar, WPNR 1992(6048), p. 349 op R.D. Vriesendorp, WPNR 1991 (6025), p. 767-772)

Vriesendorp 1995

R.D. Vriesendorp, 'Connection (Mr Mulder q.q./CLBN)' (annotatie van HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK), AA 1995, p. 604-611

Vriesendorp 1996

R.D. Vriesendorp, 'Verpanding van contractueel onoverdraagbare geldvorderingen', WPNR 1996 (6211), p. 105-106

Vriesendorp 2003a

R.D. Vriesendorp, 'De Liser de Morsain/Rabobank Den Haag' (annotatie van HR 16 mei 2003, JOR 2003, 184, NJ 2004, 183 m.nt. WMK), AA 2003, p. 848-852, met rectificatie in AA 2004, p. 59

Vriesendorp 2003b

R.D. Vriesendorp, 'Oryx/Van Eesteren' (annotatie van HR 17 januari 2003, JOR 2003, 52 m.nt. M.H.E. Rongen, NJ 2004, 281 m.nt. HJS), AA 2003, p. 191-195

Vriesendorp 2005

R.D. Vriesendorp, 'Mulder q.q./CLBN (Connection) tien jaren later', AA 2005, p. 744-750.

Vriesendorp 2007

R.D. Vriesendorp, 'Ontvanger/Hamm II: vermijd het T-woord(?)', WPNR 2007 (6719), p. 633-635

Warringa en Winkel 2005

S.A.H.J. Warringa en D. Winkel, 'De termijnstelling van art. 58 Fw en verpande vorderingen', TvI 2005, 33, p. 140-145

Van der Weijden 2007

R.J. van der Weijden, 'Overgang en uitoefening van nevenrechten bij stil-
cessie', WPNR 2007 (6716), p. 574-583

Westrik 2003

R. Westrik, 'Op weg naar de toekomst', WPNR 2003 (6519), p. 122-128

Wiarda 1937

J. Wiarda, Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam naar
Nederlandsch Burgerlijk Recht (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J.
Tjeenk Willink 1937

Wissink 2004

M.H. Wissink, 'Uitleg volgens Haviltex of de CAO-norm? Over een vloei-
ende overgang en de noodzaak om toch te kiezen', WPNR 2004 (6579), p.
407-415

Zwalve 2003

W.J. Zwalve, 'Art. 3:94 BW. Zo moet het niet!', WPNR 2003 (6546), p. 667-
668

Zwalve 2003

W.J. Zwalve, Simplex et perpetuum. Beschouwingen over eigendom en
tijd (Meijers-reeks deel 108), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006

Zwitser 1993

R. Zwitser, 'De betekenis van 'Anwartschaftsrecht' voor de rangorde van
zakelijke rechten', WPNR 1993 (6099), p. 524-530

DANKWOORD

Het schrijven van een proefschrift heeft iets paradoxaals. Enerzijds is het een bij uitstek solistische bezigheid. Anderzijds is het onmogelijk om zo een project zonder de steun van velen binnen een redelijke termijn af te ronden. Het op deze plaats persoonlijk bedanken van eenieder die mij heeft aangemoedigd door zijn of haar belangstelling te laten blijken, vertrouwen uit te spreken, begrip te tonen of op enigerlei andere wijze, zou de perken van een dankwoord verre te buiten gaan. Dat maakt mijn dankbaarheid er niet minder om. Tot een aantal mensen wil ik vanaf deze plaats een bijzonder dankwoord richten.

Veel dank ben ik verschuldigd aan mijn beide promotoren. Bas Kortmann was één van de eersten met wie ik sprak over mijn voornemen om een promotieonderzoek te doen. Hij was aanstonds enthousiast en schonk mij meteen zijn vertrouwen. Hij stuurde en corrigeerde mij waar dat nodig was. Ook in het creëren van de praktische randvoorwaarden die mij in staat hebben gesteld om mijn onderzoek binnen een redelijke termijn af te ronden, zoals mijn deeltijdaanstelling bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R), heeft hij de hand gehad.

Aan de eerste bespreking van mijn plannen met Jako van Hees heb ik het onderwerp van mijn proefschrift te danken. Vervolgens heeft hij mij op een even creatieve als scherpzinnige wijze begeleid bij het schrijven daarvan. Met zijn vaderlijke vermaningen heeft hij mij voor enkele dwalingen behoed.

Vanzelfsprekend dank ik ook de leden van de manuscriptcommissie voor hun bereidheid om mijn werk te beoordelen. In het bijzonder dank ik Dennis Faber, die enkele opmerkingen maakte die ik graag ter harte heb genomen.

Veel dank ben ik ook verschuldigd aan mijn broodheer SNS REAAL. Mijn werkgever heeft mij in staat gesteld mijn proefschrift te schrijven zonder dat zulks voor mij in materiële zin nadelig uitpakte.

Een bijzonder woord van dank richt ik tot mijn collega's van de afdeling Juridische Zaken. Zij hebben het werk gedaan dat ik liet liggen zonder mij het gevoel te geven dat ik jegens hen tekort schoot. De secretaresses van deze afdeling hebben niet alleen de nodige hand- en span-diensten bij het schrijven van dit boek verleend, maar er tevens voor gezorgd dat ik in de periodes die ik thuis in mijn studeerkamer door-bracht gedoseerd contact met kantoor onderhield.

Mijn collega's bij het OO&R en de Vaksectie Burgerlijk recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen hebben mij meteen na mijn aanstelling in hun midden opgenomen. On-danks dat ik zelden op de faculteit aanwezig was, had ik steeds het gevoel 'er bij te horen'. De Nijmeegse combinatie van enerzijds hard en profes-sioneel werken en het anderzijds niet schuwen van de geneugten des levens vormt een weldadige atmosfeer voor jonge en iets minder jonge onderzoekers.

Jan Biemans heeft het finale concept nauwgezet gelezen, hetgeen tot suggesties leidde waarvan ik er een aantal graag heb overgenomen.

Marianne Koopman was vier jaar lang mijn navelstreng met het OO&R en heeft het er op voortvarende wijze toe geleid dat de uitgever van de door mij vervaardigde bestanden een boek heeft vervaardigd.

Mijn ouders hebben mij tot het verwezenlijken van mijn ambities gesti-muleerd en daarbij ook altijd ondersteund. Daarnaast hebben zij mij steeds laten voelen dat zij erop vertrouwden dat ik 'er wel zou komen'.

Mijn zoon Sebastiaan dank ik voor zijn rotsvaste vertrouwen dat ik 'het boek' zou voltooien, hoezeer hij zich er ook over verkneukelde dat pro-fessor Sebastiaan vond dat ik het nog moest verbeteren.

De samenvatting is in het Engels vertaald door A. van den End van ver-taalbureau Gateway.

Het citaat van J.P.H. Suijling ontleende ik aan de voorrede bij de eerste druk van zijn *Inleiding tot het Burgerlijk Recht. I. Algemene beginselen*, 1948.

Mr. ing. A.J. (Ronald) Verdaas is op 27 maart 1965 geboren in Breda. In 1983 behaalde hij zijn VWO-diploma aan de Nassau-scholengemeenschap te Breda. In 1988 legde hij met succes het ingenieursexamen in de studierichting tuinbouw af aan de Agrarische Hogeschool te 's-Hertogenbosch. Hij legde zijn propedeutisch examen Nederlands recht af aan Katholieke Universiteit Brabant (thans Universiteit van Tilburg) in 1992 en voltooide deze opleiding aan de Open Universiteit in 1997.

Sinds 1989 is Verdaas werkzaam in het bankbedrijf, aanvankelijk in de financieringspraktijk, na het behalen van de meestertitel als jurist met als aandachtsgebied Financiering & Zekerheden. Begin 2001 maakte hij de overstap van ABN AMRO naar SNS REAAL. Van 1 september 2003 tot 1 september 2007 is hij tevens als onderzoeker verbonden geweest aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R), waar hij het promotieonderzoek verrichtte dat uitmondde in dit boek. Thans is Verdaas als fellow aan het OO&R verbonden.

Verdaas publiceert artikelen, bijdragen aan boeken en annotaties, onder meer als vaste annotator van *Jurisprudentie Onderneming & Recht*, als auteur van het *Sdu Commentaar Insolventierecht* en als vaste medewerker van het *Tijdschrift voor Insolventierecht*. Verdaas is tevens actief als docent in het (post)academisch onderwijs, waaronder de Grotius specialisatieopleiding "Financiering & Zekerheden".

SERIE ONDERNEMING EN RECHT

In de Serie Onderneming en Recht zijn de volgende delen verschenen:

0. W.C.L. van der Grinten, S.C.J.J. Kortmann, A.J.M. Nuytinck, H. Wammes (*red.*),
Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht, Zwolle 1991.
1. S.C.J.J. Kortmann, P.J. Dortmond, A.W. Kist, N.E.D. Faber, A. van Hees, F.J.P. van den Ingh, A.J.M. Nuytinck (*red.*),
Financiering en Aansprakelijkheid, Zwolle 1994.
2. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber (*red.*),
Geschiedenis van de Faillissementswet,
Deel 2-I Heruitgave Van der Feltz, I, Zwolle 1994.
Deel 2-II Heruitgave Van der Feltz, II, Zwolle 1994.
Deel 2-III Wetswijzigingen, Zwolle 1995.
Deel 2-IV Voorontwerp Insolventiewet, Deventer 2007.
3. A.G. van Solinge,
Leeuwe- en andere delen, Enkele gedachten over winstverdeling bij personen- en kapitaalvennootschappen, Zwolle 1995.
4. J. Beuving,
Factoring, Zwolle 1996.
5. D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, A.J.M. Nuytinck, A.V.M. Struycken, N.E.D. Faber (*red.*),
Vertrouwd met de Trust, Trust and Trust-like Arrangements, Deventer 1996.
6. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.H. de Ranitz (*red.*),
De curator, een octopus, Deventer 1996.
7. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum, H.L.E. Verhagen, (*red.*),
Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 1997.

8. J.J. van Hees,
Leasing, Deventer 1997.
9. G.A.J. Boekraad,
Afwikkeling van de faillissementsboedel, Deventer 1997.
10. S.C.J.J. Kortmann, F.J. Oranje, A.A. van Rossum, J.W.H. van Wijk, (red.),
Overheid en onderneming, Deventer 1998.
11. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, E. Loesberg (red.),
Corporate Governance *in perspectief*, Deventer 1998.
12. W.A.K. Rank,
De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk, Deventer 1998.
13. S.C.J.J. Kortmann, W.A.K. Rank, M.H.E. Rongen, G. van Solinge,
H.L.E. Verhagen (red.),
Onderneming en Effecten, Deventer 1998.
14. R.E. van Esch,
Electronic Data Interchange (EDI) en het vermogensrecht, Deventer 1999.
15. C.M. Hilverda,
Faillissementsfraude, Deventer 1999.
16. Gerard van Solinge, M.P. Nieuwe Weme,
Gedragsregels inzake een openbaar bod op aandelen, Deventer 1999.
17. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.A.M. Strens-Meulemeester (red.),
Vertegenwoordiging en Tussenpersonen, Deventer 1999.
18. J. Stuyck, M. Waelbroeck, B.L.P. van Reeken, S.B. Noë, F.O.W. Vogelaar (red.),
Competition law in the EU and the Netherlands. A practical guide,
Deventer 2000.
19. S.O.H. Bakkerus,
Bancaire aansprakelijkheid, Deventer 2000.
20. C.J.M. Klaassen,
Schadeveroorzakend handelen in functie, Deventer 2000.

21. J.M.A. Berkvens, N.E.D. Faber, S.C.J.J. Kortmann, A. Oskamp (*red.*),
Onderneming en ICT, Deventer 2000.
22. I.P. Asscher-Vonk, N.E.D. Faber, S.C.J.J. Kortmann, E. Loesberg (*red.*),
Onderneming en Werknemer, Deventer 2001.
23. J.J. Dammingh,
Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende
zaken, Deventer 2002.
24. S.C.J.J. Kortmann, C.J.H. Jansen, G. van Solinge, N.E.D. Faber (*red.*),
Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 2002.
25. C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels, G. van Solinge, L. Timmerman (*red.*),
Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, Deventer 2003.
26. Th.C.J.A. van Engelen,
Onverkoopbare vermogensrechten. Artikel 3:83(3) BW nader beschouwd,
Deventer 2003.
27. R.H. Maatman,
Het pensioenfonds als vermogensbeheerder, Deventer 2004.
28. Ewan McKendrick,
The Creation of a European Law of Contract, Deventer 2004.
29. D.W. Aertsen,
De Trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse
recht, Deventer 2004.
30. C.G. van der Plas,
De taak van de rechter en het IPR, Deventer 2005.
31. A. Steneker,
Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen, Deventer 2005.
32. B.P.M. van Ravels,
Grenzen van voorzienbaarheid, Deventer 2005.
33. N.E.D. Faber,
Verrekening, Deventer 2005.

34. D.R. Doorenbos, S.C.J.J. Kortmann, M.P. Nieuwe Weme (*red.*),
Marktmisbruik, Deventer 2006.
35. R.H. Maatman,
“Het belangrijkste financiële product”, Deventer 2006.
36. B.F.L.M. Schim,
Giraal effectenverkeer en goederenrecht, Deventer 2006.
37. T.H.D. Struycken,
De numerus clausus in het goederenrecht, Deventer 2007.
38. D.R. Doorenbos,
Naming & Shaming, Deventer 2007.
39. I.P. Asscher-Vonk, A. van Hees, R.H. Maatman, B.J. Schoordijk (*red.*),
Onderneming en integriteit, Deventer 2007.
40. D. Busch, D.R. Doorenbos, N. Lemmers, R.H. Maatman, M.P. Nieuwe
Weme, W.A.K. Rank (*red.*),
Onderneming en financieel toezicht, Deventer 2007.
41. N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen, N.S.G.J. Vermunt (*red.*),
Fiduciaire verhoudingen «Libellus amicorum prof.mr. S.C.J.J. Kortmann»,
Deventer 2007.
42. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (*red.*),
De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht,
Deventer 2007.
Deel 42-I Algemeen deel
Deel 42-II Bijzonder deel
43. A.J. Verdaas
Stil pandrecht op vorderingen op naam
Deventer 2008.

